



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

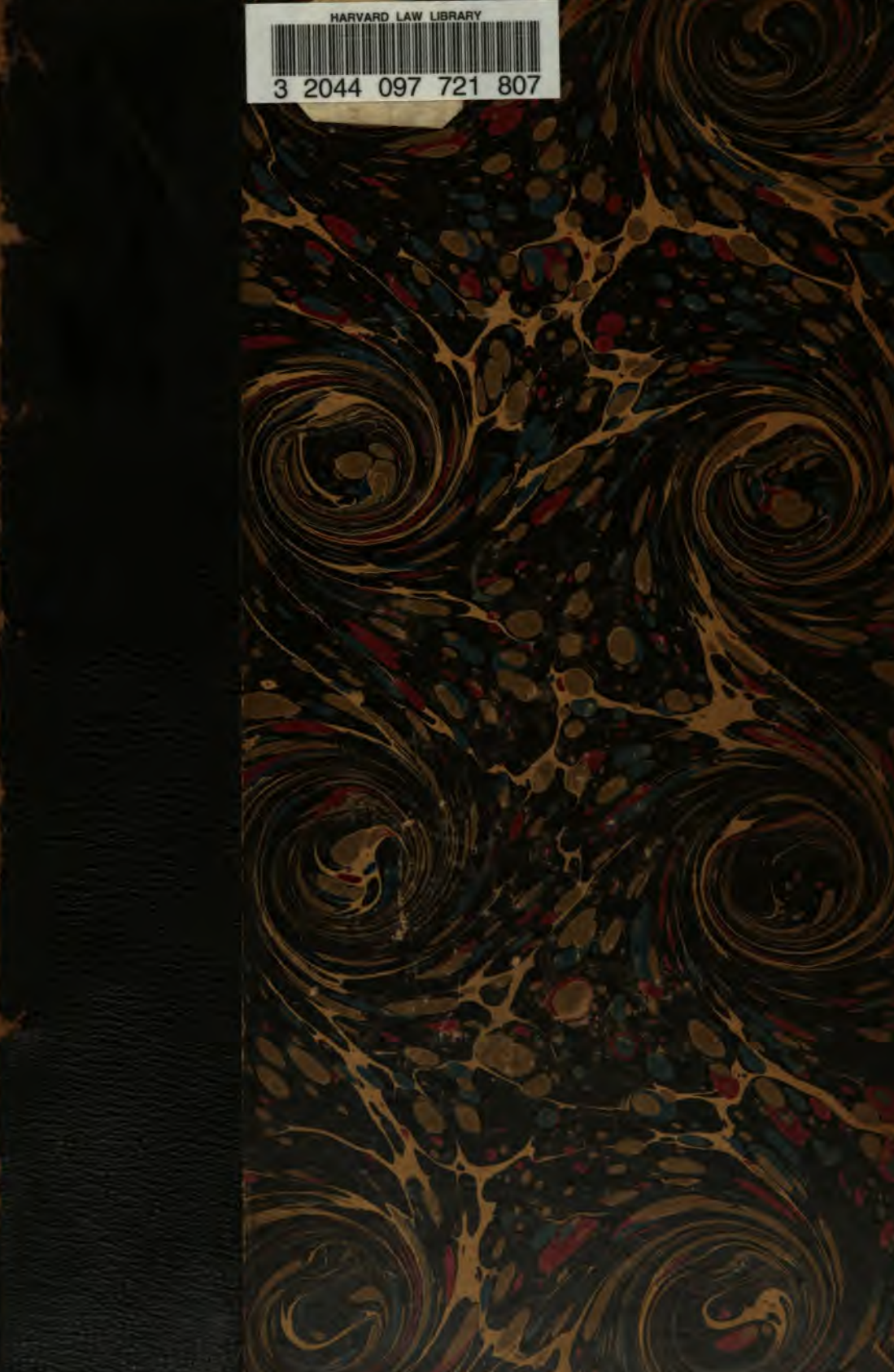
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



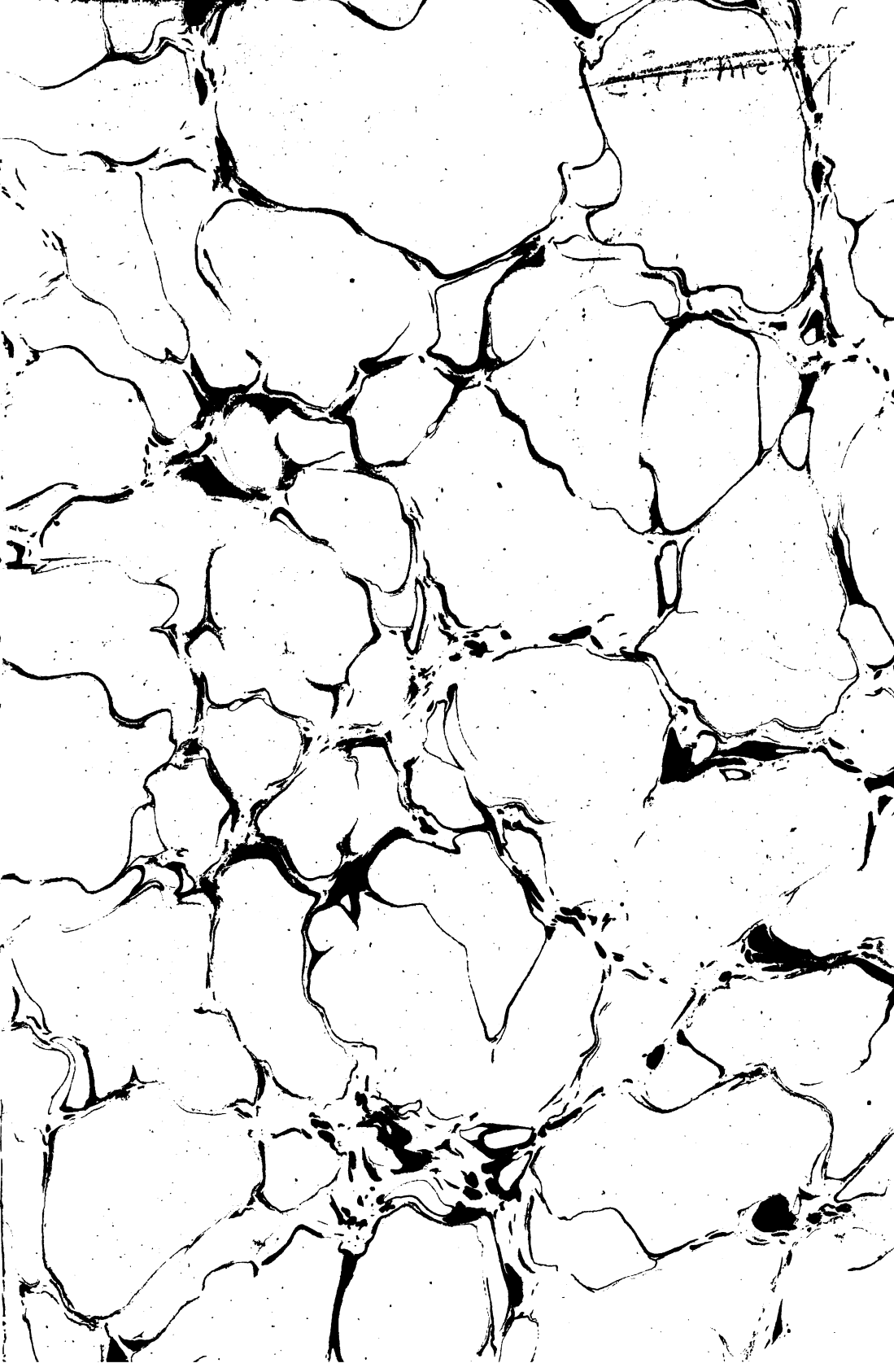
3 2044 097 721 807





HARVARD LAW LIBRARY.

Received *Sept. 28, 1901.*



DIE UNTERSCHIEDUNG
DER
VERLÖBNISS E.

Von demselben Verfasser erschien früher in unserem Verlage:

Die Wirkungen
der
Geschlechtsgemeinschaft
auf die Ehe.

Eine kirchenrechtliche Abhandlung.

gr. 8. 1883. geh. 3 M.

Die
Schenkung auf den Todesfall
nach dem
sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche.

Eine civilrechtliche Abhandlung.

gr. 8. 1886. geh. 1 M 60 P.

Leipzig.

Veit & Comp.

DER

DR. E. SEHLING,

913
S.E. 1/4
1000

For
S

Rec. Sept. 28, 1901.

Vorwort.

Das Recht der Eheschliessung gehört zu den bestrittensten Theilen des Kirchenrechts.

Seit den bekannten Schriften von Friedberg, Sohm und Scheurl schienen die wichtigsten Streitfragen immerhin zu einem gewissen Abschlusse gebracht zu sein. Wie wenig dies aber in Wirklichkeit der Fall, zeigen die Aufsätze von Freisen, welche in der Literatur mehrfach günstige Aufnahme gefunden haben.

Diesen neuesten Ansichten verdanke ich jedoch nicht die Anregung zu der vorliegenden Arbeit; dieselbe hängt vielmehr eng zusammen mit denjenigen Studien, welche ich zu der im Jahre 1885 erschienenen Abhandlung „Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe“ gemacht habe. Ich bemerke dies deshalb, um mich gegen den Vorwurf zu verwahren, die Schrift in vorwiegend polemischer, besonders gegen Freisen gerichteter Absicht verfasst zu haben; trägt sie doch auch einen durchaus selbständigen Charakter, weil sie ein bisher im Zusammenhange noch nicht behandeltes, in sich abgeschlossenes Capitel des Eheschliessungsrechtes zur Darstellung bringt.

Gegenstand der Abhandlung ist die geschichtliche Klarlegung der im kanonischen Rechte hervortretenden Unterscheidung der sponsalia de praesenti und de futuro. Wenn vielleicht hiernach der Titel genauer „Die Distinction der Sponsalien“ hätte lauten müssen, so ist doch den deutschen, ebenso verständlichen, Ausdrücken „Die Unterscheidung der Verlöbnisse“ der Vorzug gegeben worden.

Was die Anordnung und Behandlung des Stoffes betrifft, so war zunächst das römische Recht mit einer gewissen Ausführlichkeit dar-

zustellen, da ein richtiges Erkennen desselben zum vollen Verständnisse der scholastischen Ansichten erforderlich erscheint. Das deutsche Recht wurde dagegen bei seiner geringen Wichtigkeit für die gegenwärtige Aufgabe nur gestreift.

Besonders eingehend mussten die Ansichten der Scholastiker (Hugo von St. Victor und Petrus Lombardus) und Gratians, sowie der kirchlichen Schriftsteller und Gesetzgeber des 12. und 13. Jahrhunderts dargelegt werden, während die Periode vom 14. Jahrhundert an bis zum Tridentinum wegen Mangels an eigenen, neuen Ideen bei Seite gelassen werden konnte.

Möge diese Schrift, welche sich keineswegs anmass, eine endgültige Lösung der vielen streitigen Fragen des Eheschliessungsrechtes herbeizuführen, wenigstens in dem von ihr behandelten Theile desselben zur Klärung der Ansichten und zur Vereinigung der noch bestehenden Gegensätze beitragen.

Leipzig, 22. März 1887.

Emil Sehling.

Inhaltsübersicht.

Erster Theil.

Das römische Recht.

	Seite
§ 1. Consensus facit nuptias	1
§ 2. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist zum Zustandekommen der Ehe nicht erforderlich	7
§ 3. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft gilt unter bestimmten Voraussetzungen als concludente Handlung für den Eheschliessungswillen	14
§ 4. Die Sponsalien	20

Zweiter Theil.

Das kanonische Recht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Kirche bis zu Hugo von St. Victor.

§ 5. Die älteste Kirche	24
§ 6. Das deutsche Recht	29
§ 7. Die Stellung der Kirche gegenüber dem deutschen Eheschliessungsrecht	34
§ 8. Hincmar von Rheims und die Reception seiner Theorie in der fränkischen Kirche.	40
§ 9. Die Copula-Theorie Hincmars im Widerspruche mit der Lehre der römischen Kirche	48
§ 10. Fortsetzung. Die Vermittelung der Theorie Hincmars mit den Grundsätzen der römischen Kirche. Consensu initiatur = desponsatione initiatur matrimonium	58
§ 11. Die Consequenzen der Hincmarschen und der vermittelnden Theorie als Gründe einer Reaction	57

Zweites Capitel.

Die Sponsaliendistinction der Scholastiker.

§ 12. Hugo von St. Victor, der Schöpfer der Sponsaliendistinction.	60
§ 13. Lombardus.	72
§ 14. Anhang. Bandinus	79

Drittes Capitel.

Seite

Die Distinction: desponsatione initiatur copula perficitur conlugium, in Oberitalien.

§ 15.	Gratian	81
§ 16.	Abweichende Ansichten über Gratian	87
§ 17.	Schlussbetrachtung über Gratian	94
§ 18.	Die Distinction: matrimonium desponsatione initiatur, copula perficitur, in der Schule von Bologna	96

Viertes Capitel.

Die Sponsaliendistinction bis zur Gesetzgebung Alexanders III.

§ 19.	Der Gegensatz der ecclesia transalpina und gallicana	103
§ 20.	Weitere Geschichte der Sponsaliendistinction bis zu Alexander III.	110

Fünftes Capitel.

Die Vereinigung der beiden Distinctionen unter Alexander III.

§ 21.	Die Gründe der Vereinigung	115
§ 22.	Die Vereinigung durch Alexander III.	118
§ 23.	Bernhard von Pavia	128

Sechstes Capitel.

Die Gesetzgebung von Alexander III. bis Gregor IX.

§ 24.	Allgemeine Bemerkungen	131
§ 25.	Fortsetzung. Das System der Decretalen	133

Siebentes Capitel.

Die Verlöbnißunterscheidung bei den Kanonisten und Civilisten dieser Periode.

§ 26.	Die kanonistische Doctrin	138
§ 27.	Die Sponsaliendistinction bei den Civilisten	148
§ 28.	Schlussbetrachtung über die kanonistische Doctrin	151
§ 29.	Schluss. Das Tridentinum	154

Erster Excurs.

Zu § 3.

§ 30.	Die abweichenden Ansichten über das römische Eheschliessungsrecht	157
-------	---	-----

Zweiter Excurs.

Zum siebenten Capitel des zweiten Theiles.

Die abweichenden Ansichten über die Verlöbnißunterscheidung.

§ 31.	Sohm	165
§ 32.	Scheurl. Dieckhoff	171
§ 33.	Freisen. Meurer	174

Erster Theil.

Das römische Recht.

§ 1. Consensus facit nuptias.

I. Das Eheschliessungsrecht der Römer beginnt, wie bei allen uns bekannten Culturvölkern, mit dem Frauenkauf.¹ Sollte dieser Satz irgend welche Anfechtung erfahren, so braucht bloss auf die abgeschwächte Form des Frauenkaufes in der späteren Zeit, die *coemptio*, hingewiesen zu werden.

Die Frau als Kaufobject gelangt in das Eigenthum des Käufers: Eheschliessung ist Eigenthumsübertragung. — Schon hieraus ergibt sich, von anderen Beweisen ganz abgesehen,² die Unrichtigkeit der Vermuthung Freisen's,³ die Ehe sei im ältesten römischen Rechte durch *copula* geschlossen worden.

Der Frauenkauf schwächte sich aber allmählich ab, da das sittliche Bewusstsein des Volkes der Frau eine höhere sociale Stellung einzuräumen strebte. Doch hielt der conservative Sinn der Römer noch an der äusseren Form fest. Der Kauf wird zum Scheinkauf.⁴

Wurde mit der Ehe ursprünglich Eigenthum übertragen, so später lediglich die *manus*.⁵ Es macht hierbei keinen Unterschied, was man als

¹ Rossbach, Untersuchungen über die röm. Ehe. Stuttg. 1853. S. 87 ff. — Auch bei den Römern sind in den ältesten Zeiten zweifellos Raubehen vorgekommen. Dies beweist die Sage vom Raube der Sabinerinnen und der noch in der historischen Zeit vorhandene Hochzeitsbrauch des *raptus* (s. u.). Wie bei den Germanen (vgl. unten), hat auch sicher bei den Römern diese Eheschliessungsform stets als eine ausserordentliche, anomale gegolten. — Für Rom ist uns übrigens nur ein einziges Beispiel der Raubehe überliefert.

² vergl. unten.

³ Archiv 52, 371.

⁴ Die *confarreatio* wird hier ausser Betracht gelassen.

⁵ Man kann hier die — allerdings nicht unbestrittene — rechtliche Stellung des Mannes gegenüber seiner Frau in Erwägung ziehen. Ursprünglich war der Ehemann zum Verkaufe seiner Frau, seines Eigenthums, berechtigt. Diese Befugniss wurde ihm jedoch bald entzogen (Plut. Rom. c. 22; Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht. Berlin 1824. S. 489), und es blieb dem Ehemanne nur das Recht der Mancipation durch *imaginaria venditio* (Gaius 1, 118). Es wäre dies eine interessante Illustration zu dem Satze „*Nemo plus iuris etc.*“

Sehling, Verlobnisse.

Inhalt der *coemptio* betrachten will. Bekanntlich stehen sich hier verschiedene Theorien gegenüber: wechselseitiger Verkauf der Eheleute, Verkauf der Frau durch den Vater bez. Vormund oder Selbstverkauf der Frau an den Mann, oder Mancipation der Frau in *patria potestate* durch den Vater, Selbstmancipation *auctoritate tutorum* der Frau in *tutela*, oder Verkauf der *manus* durch Vater bez. Vormund an den Ehemann, oder wohl auch Verkauf des Vermögens von Seiten der Frau.¹

¹ Aus der Vorgeschichte der *coemptio* ergibt sich, dass von einem wechselseitigen Verkaufe keine Rede sein kann (vgl. Rein, Das Privatrecht der Römer. Leipzig 1858. S. 384. Keller, Grundriss zu Vorles. über Instit. Berlin 1854—1858. § 208. Rossbach, a. a. O. S. 73 ff.); ebenso wenig ist an Verkauf des Vermögens der Frau zu denken (so Böcking, Inst. des r. Rechts. Bonn 1843. 1, 283), da sonst die *sua*, welche kein Vermögen besass, sich dieser Form nicht hätte bedienen können; Emancipationen von *filiae* in alter Zeit aber zweifellos selten waren. (Andere Gründe bei Walter, Geschichte des r. Rechts. 3. Aufl. Bonn 1861. 2, 106. Anm. und Karlowa, Die Formen der r. Ehe und *manus*. Bonn 1868. S. 56 ff.). Dagegen scheint es auf den ersten Blick nicht undenkbar, dass sich die *coemptio* aus einem Scheinverkaufe Seitens des Vaters in der späteren Zeit in einen Selbstverkauf Seitens der Frau verwandelt habe, zu welchem der Vater oder Vormund nur ihre *auctoritas* erteilten. Diese Ansicht wird vertreten von Zimmern (Gesch. des r. Privatrechts. Heidelberg 1826. 1, 837), Walter (a. a. O. 2, 105 ff.), Huschke (Studien des r. Rechts. Breslau 1830. 1. 200), Keller (a. a. O. § 208), Karlowa (a. a. O. S. 53 ff.). Es widerstreitet derselben aber der Umstand, dass nach Gaius die bei der Handlung gebrauchten Worte den einzigen Unterschied zwischen *coemptio* und den übrigen Anwendungsfällen der *mancipatio* gebildet zu haben scheinen. — Auch das schon betonte conservative Rechtsgefühl der Römer liess einen Selbstverkauf der Frau nicht zu, wie ein solcher mit den Formen der *Mancipatio* auch kaum vereinbar gewesen wäre. — Noch ein weiteres Moment, welches — soviel ich bemerke — bis jetzt übersehen worden ist, spricht gegen diese Annahme: die Stipulationsformel der Sponsalien nämlich, wie sie uns Gellius IV, 4 aus dem Buche des Servius Sulpicius, de *dotibus* als eine allgemein gebräuchliche überliefert hat. (Vgl. auch I. 2 D. 23, 1.) — Die Terminologie (z. B. *quae coemptionem facit*, Gaius 1, 123) spricht nicht dafür. (Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 77; dagegen Karlowa, a. a. O. S. 54). Auch die Erwägung, dass die Frau, welche unter *Tutel* (also nicht mehr in *patria potestate*) stand, von den *Tutores* hätte *mancipirt* werden müssen, beweist nichts, denn den Tutoren hat dieses *Mancipationsrecht* offenbar zugestanden. (Rossbach, a. a. O. S. 79.) Einen Mittelweg schlägt Hasse (a. a. O. S. 63. 64) ein: die Frau in *patria potestate* wurde *mancipirt*; stand sie dagegen unter Vormundschaft, so *mancipirte* sie sich selbst *auctoritate tutorum*. Eine weitere Ansicht, die beim ersten Anblick plausibel erscheint, ist die, dass Vater bez. Vormund Verkäufer, der Ehemann der Käufer sind, dass Letzterer aber nicht die Ehefrau als solche, sondern die *manus* kauft. (Vgl. hiergegen Rein, a. a. O. S. 385 Anm.; Walter, a. a. O. 2, 106 Anm.). Jedenfalls spricht hierfür der Umstand, dass ursprünglich *Eigenthum*, in der späteren Zeit dagegen die *manus* erworben wurde. Die *coemptio* unterscheidet sich deshalb, wie Gaius 1, 123 hervorhebt, von den übrigen *Mancipationen* dadurch,

Eine Conjectur will ich hier nicht unterdrücken — selbst auf die Gefahr hin, diese an Vermuthungen keineswegs arme Frage noch um eine weitere zu bereichern. Zweifellos deuten der Ausdruck „*coemptio*“ und ähnliche darauf hin, dass bei der Eheschliessung die Frau auch in irgend einer Beziehung als mitwirkend gedacht wurde. Könnte man diese Mitwirkung nicht in der Wechselrede vor der eigentlichen Mancipation finden? Es würde damit der Gedanke ausgedrückt gewesen sein, dass die Frau nicht gegen ihren Willen mancipirt werden dürfe. Hiermit würde trefflich zusammenpassen Boeth. in Top. Cic. II. ad. c. 3; das „*Itaque mulier conveniebat in manum*“ würde dann bedeuten, dass auf Grund der vorangegangenen Willenseinigung die Mancipation vorgenommen wurde und so die Frau in die Gewalt des Mannes gelangte. Die Wechselrede in die Coemptionsformel hineinzunehmen,¹ geht mit Rücksicht auf die Anfangsworte von Gaius 1, 113 nicht an. Das Charakteristische dieses Kaufes besteht darin, dass das Object nur mit seinem — vorher erklärten — Willen verkauft werden darf (daher *coemptio*).

Bei der lückenhaften Natur der den Ausschlag gebenden Stelle des Gaius (1, 113)² ist jene Controverse mit absoluter Gewissheit wohl überhaupt nicht zu entscheiden. Für unsere Aufgabe kam sie auch nur so weit in Betracht, als sich daraus unzweifelhaft ergab, dass ein Scheinkauf, in welchem der Mann Käufer, die Frau entweder gleichzeitig Subject und Object oder bloss Object war, die Ehe begründete.

dass die Frau in eine sklavenähnliche Lage geräth. Wenn dann Gaius weiter bemerkt, dass dieser Unterschied seinen Grund in den verschiedenen Mancipationsformeln habe, so ergibt sich von selbst, dass in der Coemptionsformel das zukünftige Verhältniss ausgedrückt gewesen sein muss. Hieraus erklärt sich schon, welche Stellung wir gegenüber den bekannten Ansichten von Huschke (Studien. S. 200; Ueber das Recht des nexum. Leipzig 1846. S. 103) und Karlowa (a. a. O. S. 51) über die Mancipationsformel einzunehmen haben. Beide Formulierungen sind richtig. Unserer Ansicht nach gehört nämlich die von Huschke dem älteren römischen Rechte an, einer Zeit, welche keine *imaginaria venditio*, sondern eine wahre *emptio* mit Eigenthumsfolgen kannte, wogegen die Formulirung Karlowa's einem späteren Standpunkte entspricht. Aber auch in dieser Formel ist doch der eigentliche Kaufsgegenstand immer die Frau (vgl. Puchta, *Cursus der Inst.* 9. Aufl. Leipzig 1881. 2, § 285; Walter, a. a. O. 2, 106. Anm.), nicht das Recht über dieselbe; auch hier wird die Frau gekauft — wenn auch nur scheinbar; die Wirkung des Kaufes ist nicht Eigenthum, sondern *manus*. Also ist auch für die spätere Zeit als Object der *coemptio* die Frau zu bezeichnen. Aehnlich Karlowa, a. a. O. S. 50.

¹ So Huschke, Studien. S. 185 ff.

² Die verschiedenen Reconstructionsversuche dieser Stelle spiegeln die oben dargestellten verschiedenen Ansichten wieder. Vgl. die Ausgaben von Böcking, ed. V. Lips. 1866; Huschke, in *Jurisprud. antejust.* Lips. 1879, zu Gaius 1, 113.

II. Die Ehe war im römischen Rechte vorwiegend ein Rechtsverhältniss. Manus und Ehe waren untrennbare Begriffe; die manus durchdrang das eheliche Verhältniss in dem Grade, dass für die Betrachtung der Ehe unter irgend einem anderen Gesichtspuncte kein Raum gegeben war.¹ Nur durch Erwerb der manus (für sich, oder eventuell für den eigenen pater familias²) konnte man Ehemann werden. Hieran änderte der Umstand nichts, dass die manus über die Frau auch zur Herbeiführung anderer rechtlicher Folgen erworben werden konnte.³

Momente, welche die manus nicht hervorzurufen im Stande waren, konnten auch die Ehe nicht zur Folge haben. Solange manus und Ehe ungetheilte Begriffe waren, entstanden beide gleichzeitig durch die coemptio.⁴

Neben dieser Ehe mit conventio in manum mariti entwickelte sich in den letzten Jahrhunderten der Republik die Ehe ohne manus.⁵

¹ Vgl. Kuntze, Excursus über r. Recht. (2. Aufl. Leipzig 1880) zu § 764. (S. 581.) A. M. ohne Grund Zimmern, a. a. O. 1, 510 ff. Böcking, Inst. 1, 237 Anm. 40.

² Gell. 18, 6. ed. Lips. Teubner. 1853. Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 11 Anm. 3. Bechmann (Das r. Dotalrecht. Erlangen 1863. 1867. 2, 46) nennt den Vater das juristische Haupt der Ehe.

³ Vgl. Gaius, 1, 114. 115.

⁴ Vgl. Rossbach, a. a. O. S. 64. Rein, a. a. O. S. 376.

⁵ Cic., Top. 3. Quintil., Inst. 5, 10. 62. — Ueber den Grund des Aufkommens der Ehe ohne manus sind verschiedene Hypothesen aufgestellt worden. Die früher herrschende Ansicht, welche die Ehe ohne manus auf ethnische Gegensätze zurückführte, ist von Rossbach (a. a. O. S. 162 ff.) widerlegt worden. Doch ist seine eigene Ansicht (a. a. O. S. 242) eine sehr gewagte. Der Grund scheint in dem Bestreben des röm. Rechts nach einer freieren Gestaltung des Eherechts, insbesondere der rechtlichen Stellung der Frau im Eherechte zu liegen. Hiergegen hat allerdings Ihering (Geist des römischen Rechts. 4. Aufl. Leipzig 1880. 2, 1. S. 187 ff.) gewichtige Gründe beigebracht; aber es lässt sich gegen seine Argumente bemerken, dass die Frau im einzelnen Falle in vermögensrechtlicher Beziehung vielleicht lieber von ihrem Vater oder Tutor, als von ihrem Ehemanne hat abhängen wollen. — Iherings Hypothese: Vermeidung des Conflicts zwischen Tutoren und Frau (da es im Interesse der Tutoren lag, die Ehe mit manus zu verhindern — wegen des ihnen sonst entgehenden Erbrechts —, da zur Uebertragung der manus ihre auctoritas erforderlich war, ein Zwang zu deren Ertheilung aber nicht bestand — so Auskunftsmittel: Ehe ohne manus), hat ja etwas Anziehendes. Aber einmal war dieser Conflict doch schon seit Jahrhunderten vorhanden, ohne dass er eine Lösung verlangt hätte, und andererseits bezieht sich Iherings Annahme bloss auf die sui iuris, nicht die filiae familias. Auch bei ihnen konnte ein Ehebündniss ohne manus vorkommen. Ihering giebt dies zu, bemerkt jedoch, dass eine solche Ehe bei den filiae familias nur etwas Vorübergehendes, nicht wie bei den sui iuris etwas Dauerndes gewesen sei. — Man kann sich aber

Diese Ehe galt anfänglich zweifellos nicht als legitime; die Frau wurde nicht *uxor*, sondern *uxoris loco*.¹ Deshalb erfand das Recht auch ein Mittel, durch Verjährung das nicht vollkommen legitime Verhältniss in ein vollgesetzliches umzuwandeln, den *usus*.² Schon aus diesem Institut folgt, dass das römische Recht Ehen ohne *manus* ursprünglich nicht gekannt hat.

Das nach einer freien Gestaltung der ehelichen Verhältnisse, namentlich der rechtlichen Stellung des Weibes drängende Rechtsbewusstsein liess sich aber an dieser Abschlagszahlung nicht genügen. Ehen ohne *manus* wurden mehr und mehr die Regel; es verbreitete sich die Sitte, durch Usurpation das Zustandekommen der *manus* zu verhindern — der *usus* kam nach und nach in Abnahme. Der letzte Schritt in dieser Entwicklung ist die Anerkennung der Ehe ohne *manus* als vollgültig.

Damit änderte sich die Auffassung der Ehe; dieselbe war von nun an nicht mehr bloss ein zur Begründung der *manus* geeignetes Rechtsinstitut, sondern auch ein thatsächliches Verhältniss.³ — Jetzt erfuhren naturgemäss auch die Grundsätze über die Eheschliessung eine Wandlung. Während bisher die Ehe durch einen Formalcontract zu Stande kam, konnte dies in Zukunft durch einen Consensualvertrag geschehen; der freie Wille der Contrahenten sollte entscheidend sein.⁴ Dies war im Grunde genommen kein neuer Gedanke. Auch die *coemptio* war nicht mehr der alte Kauf eines willenlosen Gegenstandes, sondern eine *imaginaria venditio*. Aber noch mehr. Auch bei der *coemptio*⁵ erfolgte ein

den Fall denken, dass Vater und Tochter darüber einverstanden waren, dass letztere in *patria potestate* verbleiben und nicht vollkommen der Gewalt eines fremden Menschen überlassen werden sollte. Wir bleiben also bei der nächstliegenden, oben angedeuteten Annahme stehen; der von Ihering erwähnte Conflict mag ein weiteres Moment zur Ausbildung der Ehe ohne *manus* gewesen sein. Endlich musste auch für den Fall Sorge getragen werden, dass aus Versehen oder aus sonstigem Grunde die *coemptio* einmal unterblieben war. Hier musste die Uebertragung eines bisher nur für Sachen geltenden Rechtes auf das Personenrecht practisch und erwünscht erscheinen. So entstand der *usus*.

¹ Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 70; Kuntze, Excurse zu § 792. S. 594. — Bluntschli (Die verschiedenen Formen der r. Ehe, in Schweiz. Museum für histor. Wissenschaften 1, 261 ff.) nennt das Verhältniss eine Art Concubinatus.

² Der *usus* kommt also später vor als die erste Vereinigung zweier Personen ohne *manus*. Dies verkennt Rossbach. Richtig Karlowa, a. a. O. S. 69.

³ Natürlich wurde der Ehe der Charakter eines Rechtsverhältnisses keineswegs vollständig genommen. Als juristisches Merkmal der Ehe tritt an Stelle der *manus* die *dos*. Vgl. Bechmann, a. a. O. 1, 43. Kuntze, Excurse. § 764.

⁴ Vgl. Kuntze, Excurse. § 768.

⁵ Ob auch bei der *confarreatio* Consenserklärungen stattfanden, ist eine

Austausch der übereinstimmenden Willenserklärungen der Nupturienten und an diesen Consens austausch schloss sich die *imaginaria venditio* zwecks Begründung der *manus* an.¹ Die *manus* konnte jetzt der Ehe fehlen, also auch der Scheinkauf, und so blieb denn der Consens austausch als der alleinige Eheschliessungsvorgang übrig. Consensual-Ehen besaßen sämtliche Wirkungen der früheren *Manus-Ehen*² — mit Ausnahme eben der *manus*.

Auch bei dieser Entwicklung bildete der *usus* die Uebergangsform aus der Periode der strengen Ehe in diejenige der laxen Ehe. Im *usus* fielen zuerst Ehe und *manus* nicht mehr zusammen. Die Ehe wurde hier durch Consens geschlossen, und durch *usus* in die *Manus-Ehe* verwandelt. Die *Manus* entstand bei Usurpation überhaupt nicht, und dann bildete der Consens den alleinigen Factor. Solange eine Ehe ohne *manus* nicht denkbar war, begründete dieser Consens bloss ein illegitimes Verhältniss, — sobald aber die laxen Ehe anerkannt war, die Ehe selbst.

So gelangte das römische Recht unter allmählicher Abschwächung der Kaufsidee zu dem Fundamentalsatz:

consensus facit nuptias.

III. Was den Inhalt des Consenses betrifft, so sei darüber Folgendes bemerkt.

Wir haben uns die Consensualehe vorgestellt als eine Abwandlung der *coemptio* durch die Mittelstufe der *Usualehe*. Es lässt sich denken, dass die alten Formalitäten — soweit sie nicht durch den *manus-Erwerb* bedingt waren — zunächst weiter beobachtet wurden.³ So mag denn auch die für den bei der *coemptio* vorkommenden Consens austausch übliche Formel⁴ auch bei der freien Ehe in Anwendung geblieben sein.

streitige Frage, die hier nicht weiter berührt werden soll. Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 25.

¹ Vgl. Kuntze, Excursus zu § 771. S. 586. Der Consens austausch bildete keinen Bestandtheil der *Coemptionsformel*. (So unrichtig Rossbach, a. a. O. S. 71 ff.) Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 52.

² Z. B. *patria potestas* über die in der Ehe erzeugten Kinder.

³ Kuntze (Inst. § 770.) bemerkt, „Wenn dann die *Usualehe* und später auch die Consensualehe anerkannt wurden, so war das zunächst nur stufenweise Entwicklung des Gedankens, dass das Vertragsmoment sich verschieden gestalten könne, und wir haben uns vorzustellen, dass in der Volkssitte noch lange darnach manches religiöse Ceremoniell (*Auspicien*) vor und bei der Vermählung sich behauptete. Cic. de divin. 1, 16. Tac. Annal. 11; 27. 15, 37.

⁴ Der Mann fragte: an mulier sibi materfamilias esse vellet; die Frau dagegen: utrum vir sibi paterfamilias esse vellet. Vgl. Kuntze, Excursus zu § 771. S. 586.

Diese Formel ist deshalb interessant, weil sie dem Gedanken des römischen Rechts über den Hauptzweck der Ehe: die Erhaltung des Hauses und Geschlechtes (*liberorum quaerendorum causa*)¹ Ausdruck verleiht.

Diese Consensformel änderte sich bei der laxen Ehe insofern, als sie nicht mehr die Aufnahme der Frau in die *familia*, sondern lediglich die Begründung der Ehe bezweckte. Aber auch bei der freien Ehe blieb die Formel „*liberorum quaerendorum causa*“ in hohem Ansehen; sie wurde vor Zeugen erklärt oder in die *tabulae nuptiales* aufgenommen.² Später fiel jedwede Formalität fort,³ der Consens — in jeder beliebigen Form ausgedrückt — genügte zur Ehebegründung.

§ 2. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist zum Zustandekommen der Ehe nicht erforderlich.

I. Die Eheschliessung war bei dem römischen Volke von jeher mit einer Reihe von Hochzeitsfeierlichkeiten umgeben gewesen.⁴ Diese Hochzeitsgebräuche standen in engster Beziehung zum Kultus; sie waren religiöse Formen,⁵ denn Sitte, Recht und Religion lagen noch ungetrennt neben einander. Daher waren sie — es ist bloss an die Auspicien zu erinnern⁶ — im höchsten Alterthume ebenso wesentlich, wie in der historischen Zeit, in welcher das juristische Element in den Vordergrund tritt, unwesentlich. Es ergibt sich dies schon aus dem Umstande, dass die solenne Hochzeitsfeier nur bei *virgines* stattfand,⁷

¹ L. 22 § 7 D. *soluto matr.* 24, 3; l. 220 § 3. D. de V. S. 50, 16; vgl. auch pr. I. de *excus. tut.* 1, 25; l. 1 D. *soluto matr.* 24, 3; l. 9 C. de *nupt.* 5, 4; l. 2 C. de *indicta viduitate* 6, 40. Mit diesem Gedanken hängen verschiedene Gebräuche namentlich auch bei der Eheschliessung zusammen; vgl. Rossbach, a. a. O. 345. 369—371. — Ueber die Formel *liberorum quaerendorum causa* vgl. Festus v. *quaeso*. ed. Müller. Lips. 1839. p. 258; Gell. 4, 3; Val. Max. 7, 7; Tacit. *Annal.* 11, 27; Suet. *Caes.* 52. — S. auch folgende Anm.

² Ulp. 3, 3; Quinct. *decl.* 247; Walter, a. a. O. 2, 144; Karlowa, a. a. O. S. 72 ff.; Savigny, *Verm. Schriften*. Berlin 1850. 1, 83 ff.; Rossbach, a. a. O. S. 4 ff. Vgl. auch Tertullian, *De virgin. velat.* c. 11 (Migne, *Patrol. lat.* 2, 905.); Augustin, *Sermon.* 51, 13 (Migne 38, 344.): *Caeterum qui uxoris carnem amplius appetit, quam praescribit limes ille liberorum quaerendorum causa, contra ipsas tabulas facit, quibus eam duxit uxorem. Recitantur tabulae et recitantur in conspectu omnium attestantium; et recitatur: liberorum quaerendorum causa et vocantur tabulae matrimoniales.*

³ Vgl. übrigens Nov. 22. c. 43.

⁴ Vgl. im Einzelnen Rossbach, a. a. O. S. 92 ff.

⁵ Rossbach, a. a. O. S. 255 ff.

⁶ Ayres, *De iure connubiorum apud Romanos*. Gottingae 1736. § 10. S. 44 ff. § 11. S. 50 ff.; Rossbach, a. a. O. S. 295. 307. 327.

⁷ Rossbach, a. a. O. S. 262.

und doch zweifellos auch die Ehen der Wittwen gültig waren. Welche von den vielen Hochzeitsgebräuchen hätten wesentlich sein sollen? Die in domum deductio, oder der Raub der Braut, oder das Hineintragen in das Haus des Bräutigams, oder die Aufnahme durch Feuer oder Wasser in die häusliche Gemeinschaft?¹ Was von allen Hochzeitsbräuchen gilt, bezieht sich insbesondere auch auf die in domum deductio. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass mit dem Erwerbe der manus — solange manus und Ehe ungetheilte Begriffe waren — die Ehe zu Stande gekommen war, d. h. also bei der gebräuchlichen Form der coemptio mit dem Abschlusse der Mancipation.² Auch bei der confarreatio war die in domum deductio unwesentlich, denn sie konnte ja erst nach Verbrennung des libum farreum erfolgen, da das Opfer, welches die Eheschliessungsform bildete,³ im väterlichen Hause der Braut vorgenommen werden musste. Mit der Consensual-Ehe hätten sich allerdings Formalitäten als Erforderniss wohl verbinden lassen; aber einestheils haben wir doch hier nur die frühere Eheschliessung ohne manus-Erwerb, und weiter waren um diese Zeit mit dem religiösen Indifferentismus die alten Gebräuche immer seltener geworden.⁴ Es wird daher auch schon vor oder während der in domum deductio stets von nova nupta (Neu-Vermählten), uxor u. s. w. gesprochen.⁵ Diesem Gedanken leiht l. 22. C. 5, 4 treffenden Ausdruck.⁶ Es kann also nicht zweifelhaft sein, dass die in domum deductio als Hochzeitsbrauch für das Zustandekommen der Ehe — zu Zeiten sowohl der Coemptions-, wie der Consensual-Ehe — unwesentlich gewesen ist.⁷

II. Es fragt sich aber weiter, ob nicht die thatsächliche Herstellung des ehelichen Lebens, welche mit der deductio ihren Anfang nimmt — und somit auch die letztere selbst — für die Begründung des ehelichen Verhältnisses erforderlich war. Dies ist mit Bestimmtheit zu ver-

¹ Dieser Vorgang wird von Scävola in l. 66. § 1. D. 24, 1 allgemein für Ehevollzug gebraucht.

² Vgl. Kuntze, Excursus zu § 764 (S. 581). § 771 (S. 583).

³ Gaius 1, 112.

⁴ Rossbach, a. a. O. S. 256.

⁵ Varro Agath. ap. Non. Marc. s. v. obscenum; Festus, s. v. in pelle lanata (in pelle lanata nova nupta considerare solet); s. v. facem; s. v. rapi solet; Val. Max. X (fragm. libri de nominibus) i. f. — Vgl. ferner Virgil. Eclog. 8, 29; Plautus, Casin. 4, 3. 1; Catull. 61, 96.

⁶ Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet, ob id deesse recte alias initio matrimonii firmitatem, vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

⁷ Ueber abweichende Ansichten vgl. Glück, Commentar. 22, 394.

neinen.¹ — Allerdings galt es auch in Rom zweifellos als das Normale, dass sich an die *coemptio*, später an die Consensabgabe die Herstellung der Lebensgemeinschaft anschloss. Ebenso wurde aber auch das Zusammenleben während der Ehe als das Normale angesehen. Wie hätte denn auch schöner das „*consortium omnis vitae*“ zur Darstellung gelangen sollen?² Sollte es deshalb aber etwa in Rom nicht auch möglich gewesen sein, das Zusammenleben aufzugeben, ohne dadurch die Ehe selbst aufzuheben? Die Entscheidung der Frage könnte nicht schwer fallen — selbst wenn wir nicht so klare Quellenaussprüche besäßen.³ Wenn aber die thatsächliche Lebensgemeinschaft für die einmal geschlossene Ehe ohne die geringste Bedeutung war, so sehe ich keinen Grund zu der Annahme ein, dass sie gerade für die Entstehung der Ehe von ausschliesslichem Einflusse gewesen sein solle.

Man vergegenwärtige sich nur die Consequenzen der entgegengesetzten Ansicht, indem man folgende Fälle ins Auge fasst: Nach der *Coemption* oder der Consensabgabe (in der freien Ehe) — aber vor der Heimführung — stirbt der eine Contrahent,⁴ oder der Ehemann hat keine Wohnung, oder ist abwesend, oder die Parteien wollen sich zwar schon jetzt als Eheleute betrachten, die Heimführung aber erst in einiger Zeit vornehmen. In allen diesen Fällen ist von Lebensgemeinschaft keine Rede, beziehungsweise kann von ihr keine Rede sein. Sollte das Recht hier keine „Ehe“ angenommen haben, weil es als die Regel das *consortium totius vitae* betrachtete? Auch nach unseren sittlichen und rechtlichen Anschauungen gilt das gemeinsame Leben der Ehegatten als das Regelmässige, auch bei uns betonen die Rechtsdefinitionen die thatsächliche Seite der Ehe, die Vereinigung zu ungetheilter Lebensgemeinschaft — sind doch unsere Definitionen denen des römischen Rechtes nachgebildet —, und doch würde es Niemandem einfallen, das Vorhandensein einer Ehe zu leugnen, wenn nach der Consensabgabe die Nupturienten nicht sofort das gemeinsame Leben beginnen. Freilich kann man entgegnen, bei der heutigen formellen Eheschliessung liege die Sache anders. Aber, war denn die *confarreatio*, die *coemptio* nicht auch

¹ Ueber abweichende Ansichten siehe unten.

² Vgl. l. 1 D. de ritu nupt. 23, 2; § 1. I. de patria pot. 1, 9; l. 1 D. de act. rer. amot. 25, 2; l. 1 § 15 D. de Seto. Silaniano 29, 5. Quintilian., Declam. 257: *Ego eligam cum qua victurus sim, ego comitem laborum, sollicitudinum, curarum ipse perpendam.*

³ Vgl. l. 33 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 32 § 13 D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1; l. 15 i. pr. D. de act. rer. amot. 25, 1. — Gesonderte Wohnungen waren in vornehmen römischen Ehen durchaus nichts ungewöhnliches. Vgl. Glück, a. a. O. 26, 143. 235.

⁴ Dies betont schon Quintilian, Declam. 247.

ein Formalact, konnte sich nicht auch die Consenserklärung bei der freien Ehe formell, vor Zeugen u. s. w., vollziehen?¹ Es verhält sich also mit den römischen Ehedefinitionen wie mit denjenigen des heutigen Rechts; sie bezeichnen nur die Regel, beweisen aber nichts gegen die Ausnahme.

Die Geschichte der freien Ehe weist dem Consense eine selbständige, von thatsächlichen Lebensvorgängen unabhängige Stellung an. —

Auch der Concubinat setzte im römischen Rechte ein auf die Dauer berechnetes Zusammenleben voraus. Die thatsächliche Lebensgemeinschaft konnte daher das von der Ehe unterscheidende Moment nicht sein; aus demselben Grund konnte sie aber auch nicht den alleinigen Factor der Eheschliessung bilden.

Die Sponsalien wurden im römischen Recht durch Vertrag geschlossen, ursprünglich durch formellen Verbalcontract,² später durch nudus consensus.³ Daneben steht aber der ausdrückliche — keinen Unterschied zulassende — Satz der Quellen: *Sponsalia, sicut nuptiae, consensu contrahentium fiunt.*⁴

Hierzu kommen noch die klaren Aussprüche der Juristen und der Gesetze, sowie der nicht-juristischen Schriftsteller.⁵

Die Schilderung, die Tacitus⁶ von einer normalen Eheschliessung giebt, weist auf die ausdrückliche Erklärung des Eheconsenses in Gegenwart von Zeugen hin. Von einer *in domum deductio* ist dort, wo ein „matrimonium“ zu Stande kommt,⁷ keine Rede.

Gaius stellt die Ehe den Consensualcontracten mit Bezug auf den Abschluss gleich,⁸ d. h. er sagt, die Ehe kommt durch einen Consensualvertrag zu Stande, wenn sie auch selbst ein solcher nicht ist. Bei Obligationen — so bemerkt hier Gaius — welche durch Consens entstehen, ist die Form der Willenserklärung gleichgültig; die schriftliche Form bildet kein Essentiale, sie dient nur zur leichteren Beweisbarkeit. Es liegt auch dann eine Ehe vor, wenn die Consenserklärung nicht in schriftliche Form gekleidet worden ist.⁹ Hier haben wir den

¹ Vgl. Tacit. Annal. 11, 27.

² l. 1 D. de sponsal. 23, 1.

³ l. 4 D. de sponsal. 23, 1.

⁴ l. 11 D. de sponsal. 23, 1.

⁵ Vgl. l. 11 D. de sponsal. 23, 1; l. 6 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 32 § 13, l. 66. pr. D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1; l. 15 D. de condit. 35, 1. l. 22 Cod. de nupt. 5, 4; Nov. 22 c. 3 u. s. w. — Ueber nicht juristische Schriftsteller vgl. oben.

⁶ Annal. 11, 27.

⁷ Vgl. auch die folgenden Capitel z. B. c. 30.

⁸ l. 4 D. de pign. 20, 1; l. 4 D. de fide instrum. 22, 4.

⁹ Dass in dieser Stelle „testatio“ lediglich „Erklärung“ bedeutet, nicht „Erklärung vor Zeugen“ — was übrigens an obigem Resultate nichts ändern würde —, geht aus dem Umstande hervor, dass sonst der Beweis durch scripturae überflüssig

unumstösslichen Beweis dafür, dass die Erklärung des Consensus zur Eheschliessung genügte, und dass dieselbe sogar als normale Eheschliessungsform anzusehen ist.

Wie soll sich hiermit auch die Annahme, dass nur die Herstellung der Lebensgemeinschaft Eheschliessung sei, vereinigen lassen? Hier hätte doch überhaupt ein Beweis der Eheschliessung durch *scripturae* gar nicht in Frage kommen können?

Wenn man diese Stelle des Gaius im Auge behält, so wird man es kaum als Zufall bezeichnen können, dass in den *Sent. rec. des Paullus*¹ die Lehre von Verlöbniß und Ehe sich unmittelbar an die bekannten vier Consensualverträge anschliesst.²

gewesen wäre. Vgl. für diese Bedeutung von *testatio* z. B. l. 20 D. de opt. vel elect. leg. 33, 5; l. 16 D. de Scto. Macedon. 14, 6; l. 9 C. qui admitti. 6, 9.

¹ II, 19.

² Es mag auf die ähnliche Terminologie hingewiesen werden. Vgl. z. B. l. 11 D. de sponsal. 23, 1 mit l. 3 D. de rescind. vend. 18, 5. —

Die Auflösung der Ehe durch beiderseitigen Willen (vgl. l. 2. pr. § 1. l. 8 D. soluto matr. 24, 2) ergibt in Verbindung mit dem bekannten Satze des römischen Rechtes: „*Prout quidque contractum est, ita et solvi potest*“ durch Rückschluss das Resultat, dass die Ehe *verbis, nudo consensu* geschlossen wurde, andererseits gewährt sie eine treffliche Analogie zu den Consensualverträgen (l. 80 D. de solut. 46, 3; l. 35. 100. D. de reg. iur. 50, 17; l. 1 C. quando liceat 4, 45). Es ist hierbei auch darauf hinzuweisen, dass in der That im älteren römischen Rechte Ehescheidung und Eheschliessung zweifellos von diesem formellen Grundsatz beherrscht waren. Die farreirte Ehe wurde nur durch *diffareatio* gelöst, die durch Mancipation geschlossene Ehe erforderte zur Trennung Remancipation (Festus, verb. remancip. Gaius 1, 136. 137. Wächter, Ehescheidungen bei den Römern. Stuttg. 1822. S. 72 ff.). — Die von der *lex Julia de adulteriis* für die Auflösung der freien Ehe eingeführte Form (Erklärung des Scheide-Willens vor sieben Zeugen) weist zwingend auf die Mancipation hin (fünf Zeugen, *libripens* und eine Person, welcher man *mancipirt* wird) und deshalb kann man diese Form mit Recht als eine Abschwächung der Mancipation bezeichnen (vgl. Hasse, a. a. O. S. 164. Anm. 245). Da diese Ehetrennungsform aber durch ein specielles Gesetz der Kaiserzeit, in welcher die freie Ehe bereits längere Zeit anerkannt war, angeordnet wurde, so kann man den oben erwähnten Grundsatz hier nicht anwenden, und nicht den Schluss ziehen, dass die Ehe auch vor sieben Zeugen habe geschlossen werden müssen. (So Merillius nach Glück, 26, 240.) Doch kann man immer so weit gehen und aus der Scheidungsformel entnehmen, dass auch die Eheschliessung *certa et solemnia verba* im Anschlusse an die Mancipationsform erforderte. Wir wollen hier erinnern, dass nach unserer Ansicht die Schliessung der freien Ehe sich aus den bei der *coemptio* üblichen Willenserklärungen entwickelt hat. Zur Ehescheidung wird ausdrückliche Consenserklärung verlangt, blosses Auseinandergehen, Aufheben der Gemeinschaft genügt nicht, deshalb ist der Schluss nicht ungerechtfertigt, dass auch für die Eheschliessung ausdrückliche Consenserklärung erfordert wird. Daher bemerkt Nov. 22. c. 1 mit Recht: „*Nam si mutua affectio nuptias facit, merito easdem contraria sententia consensu solvit, cum missa repudia*

In l. 8. C. de incestis et inutil. nupt. 5, 5 wird die „thatsächliche Eheschliessung“ (re contrahere) der rechtlichen Eheschliessung gegenüber gestellt, und die Auffassung, dass ohne coitus die Ehe noch nicht geschlossen sei, getadelt, damit aber dem Sinne der Stelle nach auch der Grundsatz ausgesprochen, dass zur Eheschliessung Herstellung der Lebensgemeinschaft nicht erforderlich sei.

Dasselbe Resultat ergibt l. 9. C. de nupt. 5, 4.¹

IV. Auch die justinianeische Gesetzgebung bestätigt unsere Ansicht.

Justinian sieht als das Normale die Eheschliessung durch ausdrückliche Consenserklärung an.²

In Nov. 22. c. 3 wird dieser Grundsatz klar ausgesprochen. Dass hier unter Consens nicht „thatsächliche Lebensgemeinschaft“ gemeint sein kann, geht aus dem einfachen Umstande hervor, dass sonst der Satz „instrumentorum accessione non indigens“ keinen Sinn gehabt hätte, da ja für das Zusammenleben nach Beweisen nicht besonders gesucht zu werden brauchte. Wenn man aber sagen wollte: hier bringt das Zusammenleben die Ehe zu Stande, zum Unterschiede vom Concubinatus bedarf es aber des Nachweises der affectio maritalis, und um den Nachweis dieser affectio maritalis handelt es sich — so steht solcher Auffassung der klare Wortlaut entgegen. Nudus consensus ist nur die ausdrückliche Consenserklärung oder der aus concludenten Handlungen — wozu auch Lebensgemeinschaft gehört³ — zu folgernde Consens.

Hierzu kommt, dass die Novelle 22 anerkanntermassen das alte Recht bezüglich der Eheschliessung unverändert lässt.⁴ Nov. 74 und 117 bestätigen dieses Resultat. In Nov. 74. c. 4 ff. trifft Justinian gegen die Gefahren des formlosen Eheschliessungsrechtes, welche er in derselben Novelle in treffender Weise geschildert hat, verhütende Vorschriften: Personen der dignitates maiores sollen die Ehe mit instrumenta dotalia schliessen; Personen „in gravioribus militiis et omnino in professionibus dignioribus“, dürfen auch ohne schriftliche Heirathscontracte ehelichen, sollen dann aber ihren Eheschliessungswillen vor

eum declarant.“ Die einseitige Ehescheidung kann hier nicht in Betracht gezogen werden.

¹ In dieser Stelle wird ein Beweis dafür verlangt, dass nicht Concubinatus, sondern Ehe vorliege. Der Beweis kann nur ausdrückliche Erklärungen bei der Eheschliessung betreffen, denn aus der blossen Thatsache des Zusammenlebens ist nichts zu folgern. Dass an Erklärungen zu denken ist, geht auch aus dem folgenden Satze von den tabulae nuptiales hervor, die stets im Gegensatze zu nudus consensus gebraucht werden. Jedenfalls ist auch hier ausgesprochen, dass Willenserklärung und nicht Lebensgemeinschaft die Ehe bewirkt.

² Vgl. l. 24 C. de nupt. 5, 4.

³ Vgl. Nov. 74. c. 5. Näheres im § 3.

⁴ Vgl. Hasse a. a. O. S. 119.

dem *defensor ecclesiae* und vor Zeugen erklären. Nur die in § 3 Genannten dürfen auch *sine scriptura* die Ehe schliessen. Aus allen diesen Bestimmungen geht das Bestreben hervor, für die geschlossene Ehe Beweise zu schaffen.¹ Wie wäre diese Sorge zu erklären gewesen, wenn die Herstellung der Lebensgemeinschaft allein die Eheschliessung bedeutet hätte? Wie wäre in solchem Falle aber auch die Verweisung der Eheschliessung vor den *defensor ecclesiae* zu verstehen? Nur der Beweis soll gesichert werden: daher soll die Erklärung vor dem *defensor* und vor Zeugen erfolgen, das ist das Neue; die Erklärung des Willens ist altes Recht, altes Recht ist demnach auch, dass durch die blosser Erklärung die Ehe geschlossen ist.²

In c. 5 behandelt Justinian häufig vorkommende Beschwerden von Frauen, dass ihnen die Männer eidlich versicherten „*se eas legitimae uxores esse habituros*“, darauf sie heimführten, mit ihnen zusammen lebten und endlich, ihrer überdrüssig, sie aus dem Hause vertrieben, indem sie den Abschluss einer Ehe leugneten. Justinian verurtheilt das Verfahren dieser Männer. Man sieht, hier hat es an einer ausdrücklichen Willensäusserung gemangelt, und die Heimführung allein galt um diese Zeit zur Eheschliessung für nicht genügend. Wenn Justinian aber bestimmt, dass in solchem Falle³ die Frau als eine legitime Ehefrau zu betrachten sei, so kann dies nur die Bedeutung haben, dass in der Heimführung der Ehewille gefunden werde, zumal derselbe ja durch das vorangehende eidliche Versprechen noch mehr glaubhaft gemacht wird. Dass die Stelle diesen Sinn hat, zeigt uns auch § 1 desselben Cap. 5. Die Herstellung des ehelichen Lebens selbst ist ganz gleichgültig, denn dasselbe ist unter allen Umständen nachweisbar; darauf kann sich also Cap. 5 nicht erstrecken; aber der Eheschliessungswille wird darin gefunden, für diese interne Thatsache ist kein Zeuge vorhanden. Bei normaler Eheschliessung gelangt dieser Wille mündlich oder schriftlich zum Ausdruck.

In Nov. 117. c. 4 ist Justinian noch einmal auf die Eheschliessung zurückgekommen und hat nunmehr definitiv die Sache so geordnet, dass Personen der *magnae dignitates* (bis zu den *illustres*) unter allen Umständen mit Aufsetzung von Heirathsurkunden die Ehe schliessen, allen übrigen Personen dagegen die Eheschliessung auch ohne *instrumenta dotalia*, d. h. *nuda affectione*, gestattet, diese Ehen aber nur

¹ Vgl. noch insbesondere c. 4 § 2; s. auch Nov. 78 c. 4. Nov. 89 c. 8.

² c. 4 pr.

³ Die Worte „*hoc se lege — haberet*“ beziehen sich m. E. auf das vorhergegangene Versprechen. Das soll bewiesen werden und darum wird die mangelnde Consenserklärung aus den folgenden Thatsachen ergänzt.

dann gültig sein sollten, wenn sie bewiesen werden könnten. Das Heimführen, das blosse Zusammenleben ist sonach keine Eheschliessung.

§ 3. Die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft gilt unter bestimmten Voraussetzungen als concludente Handlung für den Eheschliessungswillen.

Wenngleich wir die Bedeutung der Herstellung der Lebensgemeinschaft — an sich genommen — vollkommen geleugnet haben, so können wir doch nicht so weit gehen, und ihr jedweden Werth für das Eheschliessungsrecht absprechen. Welches Gewicht das römische Recht auf das thatsächliche Zusammenleben der Eheleute legte, zeigt schon die Terminologie. Die Ehe sollte — wie bei uns — die innigste Gemeinschaft darstellen. Die gebräuchlichsten Worte der Quellen für jenen Rechtsvorgang sind *uxorem ducere*. Die Formel „*liberorum quaerendorum causa*“ weist auf die thatsächliche Gemeinschaft hin. Mit der in *domum deductio* begann der *usus*, welches Institut mit der Usurpation überhaupt einen Beleg für jene Behauptung bildet.² In l. 4 D. 7, 8 wird sogar „*matrimonium*“ mit „thatsächlichem Zusammenleben“ identificirt. Wenn man mit diesen Thatsachen noch Stellen, wie l. 66 § 1 D. 24, l. 15 D. 35, l. 9 D. 23, l. 15 D. 23, 2. l. 19 § 3 D. 23, 3. l. 6 C. 5, 3 in Verbindung bringt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass dem thatsächlichen Zusammenleben der Eheleute auch mit Rücksicht auf die Eheschliessung eine gewisse Bedeutung beizulegen ist. Wollte man sich gegen jene Stellen absolut negirend verhalten und gegenüber dem Consense ihnen jedwede Bedeutung absprechen, so würde man damit einen unlösbaren Widerspruch in den Quellen heraufbeschwören. Dies wird von denjenigen übersehen, die sich lediglich auf den bekannten Ausspruch *consensus facit nuptias* berufen.

Die Stelle, aus welcher dieser Satz Ulpian's entnommen ist (l. 30. D. 50, 17. l. 15. D. 35, 1) führt uns auf den richtigen Weg. Gerade diese Stelle,³ in welcher die Wichtigkeit der in *domum deductio*

¹ Vgl. l. 1 D. 23, 2; l. 4 C. 9, 32; § 1 Inst. 1, 9. Cicero, de officiis 1, 17: *Prima societas in ipso coniugio, una domus, communia omnia*; Livius, 1, 9; Quintilian, declam. 257. — Dass dies als das Normale galt, zeigt l. 2. 4. 6. 8. D. de usu et habit. 7, 8.

² Gell. 3, 2; Rossbach, a. a. O. S. 150.

³ l. 15 D. 35, 1: *Cui fuerit sub hac conditione legatum: si in familia nupsisset, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

zweifellos ausgesprochen ist, gipfelt in dem Satze: Der Consens bewirkt die Ehe! Der Consens gilt aber als vorhanden, sobald die Frau heimgeführt ist; diese Thatsache beweist den Consens, bewirkt aber allein die Ehe nicht, denn es heisst ausdrücklich: der „Consens“ d. h. der übereinstimmende Wille der Parteien bringt diesen Erfolg hervor, nicht aber der concubitus. Mit anderen Worten: sobald der Consens beweisbar vorhanden, ist die Ehe geschlossen, und wir formuliren unsere Ansicht demnach folgendermassen:

Die Ehe kommt durch Consens zu Stande; das thatsächliche Zusammenleben der Eheleute ist Beweis für den vorhandenen Consens und die Herstellung des Zusammenlebens gilt als concludente Handlung für einen nicht ausdrücklich erklärten Willen.

Dieser Satz ist zu beweisen.

Die Ehe kommt durch einen Consensualcontract zu Stande; dies ist das Ergebniss einer rechtsgeschichtlichen Entwicklung, welche wir oben dargestellt haben. Es wird dieser Satz auch so häufig in den Quellen ausgesprochen,² dass über seine rechtliche Relevanz zu streiten vollkommen unnütz wäre. Mit dem Aufkommen des formlosen Eheschliessungsrechtes entstand die durchaus wichtige,³ aber nicht einfache Frage nach der Feststellung des Beginns der Ehe.

Die Rechtssicherheit verlangte einen festen Anhaltspunkt. Derselbe wird gefunden in der Heimführung.

Da die Heimführung ursprünglich der coemptio und später der Consenserklärung in der Regel gefolgt sein wird, so war sie auch der beste Beweis dafür, dass die Ehe wirklich geschlossen war. Wenn man l. 13 u. 22 C. 5, 4 zusammenhält, so kann man die Heimführung richtig bezeichnen als indicium nuptiarum. (Es wird daher auch die Frage nach dem Beginne der Ehe bei Gelegenheit derartiger Streitfragen behandelt.⁴) Der einfache Rechtsgedanke ist dieser: Sobald der Consens genügend zur Erscheinung gelangt ist, ist die Ehe geschlossen. Der Wille braucht nicht gerade ausdrücklich erklärt zu sein; es genügt vielmehr schon eine stillschweigende Erklärung, wenn nur aus irgend

¹ Vgl. oben S. 1 ff. — Vgl. auch Kuntze, Inst. § 766 (S. 539 ff.), § 768 (S. 540).

² Vgl. l. 11 D. 23, 1; l. 2, 6, 16 § 2. l. 21. 22. D. 23, 2; l. 4 D. 22, 4; l. 32 § 13, 66 § 1 D. 24, 1; l. 4 D. 25, 7; l. 15 D. 35, 1; l. 30 D. 50, 17; l. 8. 12. 14. 22. 26 C. 5, 4; l. 8 pr. 11 pr. C. 5, 17; Nov. 22 c. 3, 18. — Namentlich aber die Stellen aus Gajus l. 4 D. 20, 1, l. 4 D. 22, 4.

³ Vgl. l. 28 D. 23, 5; l. 5 D. 24, 1; l. 5 D. 24, 3; l. 5 D. 36, 2; l. 6 C. 5, 3.

⁴ l. 66. D. 24, 1; l. 6 C. 5, 3.

einem Umstande der wirklich vorhandene Wille mit Sicherheit entnommen werden kann. Dieser bekannte Satz, den das römische Recht allgemein ausgesprochen hat, findet sich auch speciell auf die Fragen des Ehrechtes ausgedehnt.¹ In l. 22 D. 23, 2 wird ausdrücklich aus der Thatsache der Heimführung der Eheschliessungswille gefolgert. Wenn der Sohn, vom Vater gezwungen, eine Frau heimführt, welche er nicht heimführen würde, falls er seinen eigenen Willen hätte (d. h. falls er nicht in *patria potestas* stände), und trotzdem die Ehe schliesst, so wird vermuthet, dass er die Ehe gewollt hat. Es ist in dieser Stelle zwar nicht gerade gesagt, dass durch Heimführung ohne ausdrückliche Consenserklärung die Ehe geschlossen worden ist; es geht dies aber aus dem Sinne hervor, denn bei einer ausdrücklichen Consenserklärung hätte kein Zweifel an seinem Willen entstehen können.² Die Heimführung erscheint also als *concludente* Handlung.

Es kam weiter in Rom häufig vor, dass nach dem Abschlusse von Verlöbnissen die Verlobte in das Haus des Bräutigams geführt wurde. Einige Juristen fanden hier in der Herstellung der thatsächlichen Gemeinschaft den Eheconsens und nahmen somit die Ehe an. Schwieriger lag der Fall bei Brautleuten, die das Ehemündigkeitsalter noch nicht besaßen. Die Ehe war dann nach Ansicht einiger Juristen geschlossen, wenn das 12. bezw. 14. Lebensjahr vollendet war; da aber hierüber verschiedene Meinungen herrschten,³ entschied Justinian,⁴ dass, wenn einem Vertrage die Bedingung der Eingehung einer Ehe hinzugefügt worden sei, zwecks Erfüllung der Bedingung niemals auf die Zeit zu sehen sei, in welcher das 12. bez. 14. Lebensjahr vollendet, sondern auf die Zeit, in welcher der Eheschliessungswille ausdrücklich erklärt worden sei. Dieser sehr wichtige Ausspruch Justinian's bezieht sich meines Erachtens nur auf den gedachten speciellen Fall, wie sich aus dem Zusammenhange und aus dem Umstande ergibt, dass sonst der Schlusssatz (*iuris contentio*) unverständlich wäre.

Schliesslich sei noch auf den Umstand hingewiesen, dass die Ju-

¹ l. 2 § 1 D. 2, 14; l. 12 pr. D. 23, 1; l. 2 § 2; l. 3 D. 24, 3; l. 95 D. 29, 2; l. 5 D. 46, 8; l. 13 D. 48, 5; l. 5 C. de nupt. 5, 4.

² Rechtsgeschichtlich mag auf Folgendes hingewiesen werden. Zum Beginne des *usus* genügte das eheliche Zusammenleben (*apud virum matrimonii causa esse coepisse*). Hier wurde dann aus der häuslichen Gemeinschaft der auf die Ehe gerichtete Wille entnommen. Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 70. — Vgl. auch l. 24 D. 23, 2. ³ Vgl. unten § 4.

⁴ l. 24 C. 5, 4.

risten gerade in den Stellen, in welchen der Beginn der Ehe von der in domum deductio an datirt wird, ausdrücklich hervorheben, dass der Consens die Ehe bewirke.¹

III. Einige Worte sind noch über die rechtliche Bedeutung des concubitus zu verlieren. Galt nicht auch der concubitus ebenso wie die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft als eine Handlung, die auf den Consens schliessen liess? Zunächst erscheint dies keineswegs unwahrscheinlich, wenn man sich den eigentlichen Zweck der Ehe (liberorum quaerendorum causa) vergegenwärtigt.

Und l. 30 D. 50, 17 bestätigt scheinbar diese Auffassung. Der Satz „Nuptias non concubitus facit, sed consensus“ kann nur dann einen Sinn haben, wenn es überhaupt fraglich erscheinen könnte, ob mit dem concubitus die Ehe beginne. Denn eine blosser Negation ohne jede Veranlassung wäre vollkommen unbegreiflich gewesen. Der Satz, wie er sich aus dem Zusammenhange gerissen in l. 30 D. 50, 17 vorfindet, scheint sich trefflich so interpretiren zu lassen: „Nicht der concubitus als Thatsache, sondern der in dem concubitus zum Ausdruck gelangende Consens ist es, welcher die Ehe bewirkt,“ — im Zusammenhange genommen (l. 15 D. 35, 1) ist derselbe etwas anders zu verstehen (vgl. S. 18).

Die in domum deductio erscheint als die Vermittlerin nicht nur des ehelichen Lebens, sondern auch der Geschlechtsgemeinschaft. Die feierliche Heimführung endete mit der Geleitung der Braut zum „lectus genitalis“.² Damit schloss die Hochzeitsfeierlichkeit; dies war ihr Endziel und die Erzeugung der Kinder der Hauptzweck der Ehe.³ Man glaube nur nicht, dass die Römer die ehelichen Verhältnisse nicht realistisch aufgefasst hätten. Im Gegentheil! Rechtsgeschichtlich sei auf die usurpatio hingewiesen. Wollte die Frau sich den Folgen des usus, der manus, entziehen, so musste sie ein trinoctium von dem Hause des Ehemannes abwesend sein. Rossbach hat nachgewiesen,⁴ dass diese Unterbrechung wegen der ehelichen Lagergenossenschaft nicht nach Tagen, sondern nach Nächten berechnet wurde. Die Entfernung von der Geschlechtsgenossenschaft wurde also als Unterbrechung des usus angesehen, nicht dagegen die blosser Abwesenheit von der Lebensgemeinschaft. Denn es war gleichgültig, ob die Frau bei Tage in die Behausung des

¹ So in l. 15 D. 35, 1; l. 66 pr. § 1. D. 24, 1.

² Catull. 61, 181; Rossbach, a. a. O. S. 329. 311. 367 ff.; Karlowa, a. a. O. S. 15 ff.

³ Vgl. oben S. 7. Man denke an die Bedeutung der Formel liberorum quaerendorum causa. Vgl. Savigny, Verm. Schriften 1, 83 ff.; Zimmern, a. a. O. S. 532; Karlowa, a. a. O. S. 72 ff.

⁴ a. a. O. S. 152.

Mannes zurückkehrte; nur auf die Abwesenheit während der Nachtzeit wurde gesehen. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Heimführung in der Nacht stattfand,¹ sowie auch auf die Gebräuche bei der Eheschliessung.² Charakteristisch ist der Ausspruch des Paullus in l. 7 D. 23, 2: „ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo et dotem et de dote habeat actionem.“ Auch l. 66 § 1 D. 24, 1, wo die künftigen Eheleute bereits in demselben Gartengrundstücke, aber in verschiedenen Gartenhäusern leben, um erst am Tage der Hochzeit vereint zu werden,³ weist darauf hin, und in l. 15 D. 35, 1 wird als die unmittelbare Folge der Eheschliessung der coitus bezeichnet⁴ — nicht etwa das nunmehr ungetheilte Zusammenleben der Eheleute; ja in l. 32 § 13. D. 24, 1 wird das thatsächliche Zusammenleben der Eheleute, die Lebensgemeinschaft, ganz ausdrücklich „coitus“ genannt. Der Jurist identificirt also Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft und legt auf die erstere — für sich betrachtet — nicht das mindeste Gewicht. Er unterscheidet in der Ehe nur zwei Vorgänge, die affectio maritalis — den Willen — und den coitus.⁵ In l. 8. C. 5, 5 wird von dem Eheschlusse „re“ gesprochen und als solche res der coitus bezeichnet.

Da wird denn klar, was l. 15 D. 35, 1 zu bedeuten hat, warum auch dort nur consensus und coitus unterschieden werden. In dem Beginne der Lebensgemeinschaft liegt der Consens; auf die Vollenendung derselben durch Geschlechtsvereinigung dagegen kommt es nicht an.

Man könnte auch hier weiter gehen! Wie aus l. 15 D. 35, 1 hervorgeht, galt der concubitus als die Beendigung der Heimführung, als das maius dieser gegenüber. Wenn aber nach derselben Stelle das minus als bereits den Eheschliessungswillen darstellend gedacht wird, so muss dies umsomehr für das maius gegolten haben. Wurden doch auch — wie wir so eben nachgewiesen haben — Lebensgemeinschaft und Geschlechtsgemeinschaft bisweilen ganz identificirt.

Man kann also wohl auch für das römische Recht in derselben Weise — wie für das kanonische — den Satz aufstellen, dass der

¹ Vgl. Ay rer, a. a. O. § 12. S. 54; Rossbach, a. a. O. S. 337.

² Die Fescenninen (Rossbach, a. a. O. S. 341), die Weissdornfackel (Rossbach S. 334 ff.) u. s. w.

³ Vgl. zu dieser Stelle Glück 22, 397 ff.

⁴ Vgl. auch l. 6 D. de his qui sui 1, 6.

⁵ Vgl. auch Quintilian, decl. 247 sermo: Fingamus enim, nuptias quidem fecisse nullas (d. h. keine förmliche Eheschliessung), coisse autem liberorum quarendorum causa, non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis sit non collocata.

concubitus als concludente Handlung für den Consens aufgefasst worden sei. Wenn dieser Satz nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, so hat das seinen Grund darin, dass dem römischen Rechte schon die Heimführung genügte. Der Standpunct des römischen Rechtes war auch ein durchaus practischer. Nach den uns vorliegenden Quellen zu urtheilen, waren formlose Eheschliessungen ursprünglich ein seltenes Vorkommniß. Die symbolische Herstellung der Lebensgemeinschaft war also ein sehr leicht nachweisbares Moment. Hierauf kam es dem römischen Rechte vor allen Dingen an, wenn es die Frage nach dem Beginne der Ehe, die ja häufig gestellt wurde, beantworten sollte. In der letzten Kaiserzeit finden wir dagegen die später so allgemein gewordenen Klagen über die formlose Eheschliessung vor. So sind denn die Bestimmungen der Kaiser, dass die Ehe wieder förmlich mit schriftlichem Ehecontract abgeschlossen werden solle, sehr gerechtfertigte zu nennen. Der alte Rechtsgedanke wird aber schon allein in der Vorschrift aufrecht erhalten, dass die Ehen niedriger Personen auch ohne Förmlichkeiten gültig seien, wenn sie bewiesen werden könnten, und dass weiterhin in der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft schon ein genügender Beweis für den Eheschliessungswillen gefunden werde. Auch hier war ja die Lebensgemeinschaft, namentlich die längere Zeit durchgeführte, leicht beweisbar, während der concubitus, wenn der eine Ehegatte gestorben war, ein unbeweisbares factum blieb.¹

Mit dieser Ansicht sind die Widersprüche der Stellen beseitigt.

L. 5 D. 23, 2 handelt z. B. von solchen Eheschliessungen ohne ausdrückliche Consenserklärung² durch bloße Herstellung der Lebensgemeinschaft. Da die in domum deductio nur in das Haus des künftigen Ehemannes erfolgen konnte, so ergiebt sich mit Recht die Nothwendigkeit, dass eine solche Eheschliessung nur bei Abwesenheit des Mannes von seinem gewöhnlichem Domicile und Anwesenheit der Braut an diesem — nicht umgekehrt — möglich war. Dass die Herstellung der Lebensgemeinschaft bloss ein Symbol, eine concludente Handlung, keine in ihrer Wirklichkeit erforderliche Thatsache war, zeigt schon der Umstand, dass der Mann ja abwesend war.

Deshalb erklärt auch derselbe Jurist in demselben Buche³ mit

¹ Auch im kanonischen Rechte finden wir den Satz von der concludenten Natur der Herstellung der Lebensgemeinschaft, wenngleich hier aus unten zu erörternden Gründen die copula mehr hervortritt.

² Daher der zweite Satz: *eam vero, quae abesset, ex literis vel nuntio suo duci (geehelicht) a marito non posse, deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium mariti.*

³ Vgl. l. 15 D. 35, 1.

Rücksicht auf die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft: *consensus facit nuptias*.

Die abweichenden Ansichten sind in Excurs. I. besprochen.

§ 4. Die Sponsalien.

Der Eheschliessung pflegte ein Verlöbniß voranzugehen.¹ Rechtlich nothwendig war dies nicht,² wie schon aus dem Begriffe des Vorvertrages³ hervorgeht, und daher sagt l. 2 D. 23, 1 ganz ausdrücklich: „*Moris fuit*“.

*Sponsalia sunt mentio ac repromissio futurarum nuptiarum*⁴ oder, wie l. 7. C. Th. de sponsal. 3, 5 sich ausdrückt, ein „*pactum de nuptiis*“.⁵ Auch das Verlöbniß hat die Entwicklung von einem Formalcontract zu einem Consensualvertrage durchgemacht. Ursprünglich wurden Sponsalien geschlossen durch wechselseitige *sponsio* (daher ihr Name)⁶. — Die gebräuchliche Stipulationsformel war folgende: Der zukünftige Ehemann liess sich von demjenigen „*unde ducenda erat*“ die Hingabe der Frau stipuliren; dieser dagegen umgekehrt von jenem die Eheschliessung.⁷

Die Sponsalien waren also ursprünglich ein Formalcontract, und der Formalcharakter durchdrang das ganze Rechtsgeschäft in dem Masse, dass man erst nach Abschluss der *sponsio* von *sponsalia*, von *sponsa* u. s. w., bei *nudum pactum* dagegen nur von *pacta* sprach.⁸ Später blieben die Ausdrücke „*sponsa*“, „*sponsalia*“ bestehen, trotzdem an Stelle

¹ Vgl. Brissonius, *De ritu nuptiarum*. Lugd. Batav. 1641. S. 3 ff.

² Vgl. Rein, a. a. O. S. 407.

³ l. 1. D. h. t. (23, 1), vgl. auch S. 21.

⁴ l. 1. D. h. t. Über die Bedeutung von „*mentio*“ und „*repromissio*“ vgl. Sonntag, *De sponsalibus apud Romanos*. Halae 1860. S. 10 ff.

⁵ Vgl. auch Juvenal., *Satyr.* 6, 25. Tacitus, *Annal.* 12, 5. l. 1. D. h. t.

⁶ Gell. IV, 4. l. 2. D. h. t. Vgl. Terent., *Andria* V. 4. 48 ff.; Plaut., *Aul.* II, 2. 61 ff. 41. 77, *Poenul.* V, 3. 36 ff., *Trinum.* V, 2. 32 ff. *Curcul.* V, 2. 74. Sonntag, a. a. O. S. 6 ff. 14 ff. *Mentio ac repromissio* = *stipulatio et restipulatio*. Sonntag, a. a. O. S. 11 ff.

⁷ Der Inhalt der Klage aus dieser Sponsion ist bekanntlich streitig. Die verschiedenen Ansichten sind zusammengestellt bei Walter, a. a. O. 2, 125. Es ist zwar nicht nöthig, in gegenwärtiger Abhandlung Stellung hierzu zu nehmen, jedenfalls aber sagt mir für die älteste Zeit die Ansicht am meisten zu, dass die Klage auf wirkliche Hingabe der Tochter zur Ehe gegangen ist, wenn auch in späterer Zeit jeder Zwang zur Eheschliessung ausgeschlossen war (vgl. l. 134. pr. D. de V. O. 45, 1. l. 2 C. de inutilib. stip. 8, 38. l. 4 i. f. C. de sponsal. 5, 1. l. 14 C. de nupt. 5, 41). Dafür kamen dann die *arrahae* auf; vgl. Sonntag, a. a. O. S. 49 ff.

⁸ Von der *pacta* und *sponsa* unterschied man früher noch die *sperata* und verstand darunter die „*alicui destinata tantum, aut etiam petita, sed nondum sponsa*.“ Vgl. hierüber Ayrer, a. a. O. § 5. S. 35. Sonntag, a. a. O. S. 29 ff. 42. bezeichnet *sperata* zutreffend als *desiderata*. Ueber die aus diesen Unterschei-

der sponsio die freie Consenserklärung trat. Wie bei der Ehe, so schwächte sich auch bei dem Verlöbniß die strenge Form allmählich ab, und blieb als juristischer Kern: der Consens. Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia,¹ d. h. es genügt der übereinstimmende Wille derjenigen Personen, deren Zustimmung auch bei der Eheschließung erfordert wird.² Wie weit der Vertragscharakter des Verlöbnisses im römischen Recht anerkannt war, geht z. B. daraus hervor, dass dasselbe auch durch Geschäftsführung ohne Auftrag mit nachfolgender Ratihabition geschlossen werden konnte.³

Die Sponsalien sind nach den hier in Betracht kommenden Quellen ein von jeder Form⁴ losgelöstes pactum de contrahendo,⁵ also ein Vorvertrag im technischen Sinne des Wortes. Sie stehen mithin dem nachfolgenden Hauptvertrage, der Ehe, als ein selbständiger Vertrag gegenüber.⁶ Es verdient dies um so mehr festgehalten zu werden, als das römische Recht — wie wir sogleich sehen werden — einzelne Wirkungen des Hauptvertrages bereits dem Vorvertrage beilegte, ohne jedoch damit den Charakter des Vorvertrages irgendwie aufzugeben.

Den Inhalt dieses pactum de contrahendo bildete das Versprechen der künftigen Ehe.⁷ Wenn auch in der Regel ein bestimmter Termin für die Eheschließung nicht fixirt war, so brachte es doch die Sitte mit sich, die Hochzeit möglichst bald der Verlobung folgen zu lassen. Die lex Julia et Papia Poppaea traf sogar eine diese Sitte unterstützende gesetzliche Bestimmung,⁸ und auch in der späteren Kaiser-

dungen hervorgegangene Ansicht, dass schon das römische Recht zwei Arten von Sponsalien gekannt habe, vgl. unten.

¹ l. 4 D. h. t.

² l. 6. 7 § 1. l. 11. 13 D. h. t. l. 38 D. soluto matr. 24, 3. — Ueber die in späterer Zeit übliche schriftliche Form vgl. Sonntag, a. a. O. S. 44 ff.

³ Vgl. l. 4. 5. D. h. t. vgl. auch l. 18 eod.

⁴ Weder Zeugen noch Schriftlichkeit werden verlangt. Vgl. l. 7 pr. D. h. t.

⁵ Vgl. S. 20.

⁶ Vgl. Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrags (Freiburg 1871).

⁷ Die Strafen des Verlöbnißbruches sind bekannt. Vgl. Hasse, a. a. O. 1, 121 ff. Zimmern, a. a. O. S. 535 ff.

⁸ Da nämlich ein Verlöbniß von den Nachtheilen des Cölibats befreite, kam es vor, dass Verlöbniße mit Mädchen, die kaum die infantia zurückgelegt hatten, abgeschlossen und später aufgehoben wurden (Sueton., Octavian. c. 84). Deshalb bestimmte Augustus, dass Sponsalien, auf welche nicht nach zwei Jahren die Eheschließung folge, nicht in Betracht kommen sollten und dass also die Braut mindestens zehn Jahre alt sein müsse, wenn der Bräutigam den gesetzlichen Ansprüchen genügen wolle. Vgl. Glück, 22, 413 ff.; 23, 102 ff. Auf diese Bestimmung bezieht sich auch das Fragment aus Gaius, libr. I ad legem Iuliam et Papiam (l. 17 D. 23, 1). Es ist hier offenbar der Gedanke ausgesprochen, dass der Bräu-

zeit galt es als die Regel, die Sponsalien nicht über zwei Jahre hinaus dauern zu lassen.¹

In einem bestimmten Falle konnte dieser Sitte nicht entsprochen werden: wenn nämlich die Sponsalien vor dem heirathsfähigen Alter geschlossen worden waren — was zulässig war und nicht selten vorkam.² Hier musste selbstverständlich mit der Heimführung bis zur Ehemündigkeit gewartet werden. Auffallenderweise findet sich aber eine ganze Reihe von Quellenstellen, in denen von Heimführung der Braut vor deren vollendetem zwölften Lebensjahre die Rede ist.³ Die Ansichten der Juristen über diese Rechtsfrage sind getheilt.⁴ Julian nimmt bei Heimführung einer noch nicht Zwölfjährigen: Verlöbniß an. Labeo, Papinian und Ulpian unterscheiden dagegen: Hat ein Verlöbniß bereits bestanden, so dauert dasselbe fort, auch wenn die Braut bereits *nuptae loco* im Hause des Bräutigams wohnt und von diesem als Haus- und Ehefrau angesehen wird; ist kein Verlöbniß vorhergegangen, so liegt weder Verlöbniß, noch Ehe vor. Diese Ansicht ist durchaus begründet: Ehe ist nicht zu Stande gekommen wegen mangelnden Alters;⁵ Verlöbniß liegt nicht vor, denn ein solches ist nicht abgeschlossen, und aus der in *domum deductio* folgt keineswegs, dass die Parteien den Willen besessen haben, künftig die Ehe zu schliessen, ohne welchen Willen aber ein Verlöbniß nicht entstehen kann.⁶ Das bereits geschlossene Verlöbniß dauert also in solchem Falle fort, es verwandelt sich aber unmittelbar in Ehe, wenn das heirathsfähige Alter erreicht ist. Nicht bedarf es dann einer erneuten Heimführung oder ausdrücklichen Consenserklärung,⁷ diese wird ersetzt durch die noch in ihren Wirkungen bestehende Heimführung. Dass dieser Gedanke auch hier wieder vorliegt, geht aus dem Umstande hervor, dass nach l. 32. § 27. D. 24, 1 Sponsalien vorangegangen sein müssen, (denn diese bezwecken ja die Herstellung der Ehe in Zukunft und bieten

tigam auch dann den Nachtheilen des Gesetzes nicht unterliegen solle, wenn er aus entschuldbaren Gründen (z. B. Krankheit) die Eheschliessung länger hinausgeschoben habe.

¹ Vgl. l. 4 C. Th. de sponsal. 3, 5. l. 2 C. de sponsal. 5, 1. l. 2 C. de repud. 5, 17. ² l. 14 D. 23, 1.

³ l. 9 D. 23, 1; l. 4 D. 23, 2; l. 68. 74. D. de iure dot. 23, 3; l. 32 § 27 D. de donat. inter vir. et uxor. 24, 1; l. 17 § 1 D. de rebus auct. 42, 5; l. 13 § 8 D. ad legem Jul. de adult. 48, 5; l. 24 C. de nupt. 5, 4.

⁴ l. 9 D. 23, 1; l. 38 § 27 D. de donat. inter vir. et uxor. 24, 1.

⁵ „Quia nuptiae esse non potuerunt“ l. 32 § 27 D. de donat. inter vir. et uxor. 24, 1. ⁶ Vgl. l. 1. 2. 4. 11. 14 D. 23, 1.

⁷ l. 4 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 13 § 8 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5; l. 68 D. de iure dot. 23, 3.

eine Unterstützung bei Eruirung des Ehe-Consenses), wogegen aus der Thatsache der Heimführung allein nichts folgen soll.¹ Es ergibt sich hieraus aber weiter, dass auch bei der ehemündigen sponsa die Ehe durch sofortige Herstellung der Lebensgemeinschaft ohne ausdrückliche Consenserklärung geschlossen werden konnte.² Dies folgt auch aus l. 39. § 27. D. 24, 1. Denn dort heisst es am Schlusse: Ehe liegt nicht vor, „quod nuptiae esse non potuerunt“ d. h. wegen des mangelnden Alters. Wenn also das erforderliche Alter vorhanden gewesen wäre, so wäre die Ehe zu Stande gekommen.

Den in diesen Thatsachen verkörperten Rechtssatz haben wir oben hervorgehoben. —

Fassen wir Verlöbniß und Ehe in dieser engen rechtlichen Beziehung zu einander auf, so versteht man auch, dass das römische Verlöbniß rechtlich vielfach der Ehe ähnelt. Zunächst will ich hinweisen auf die rechtliche Gebundenheit der Brautleute, insofern als das Band des Verlöbnisses ähnlich dem der Ehe behandelt und eine Aufhebung desselben vom Rechte erschwert wird.³ Auch ist eine Reihe eherechtlicher Bestimmungen auf das Verlöbniß ausgedehnt worden. So war die Eingehung eines Verlöbnisses vor Aufhebung eines bereits geschlossenen ebenso infamierend, wie Bigamie.⁴ Auch die Bestimmung der lex Julia de adulteriis über den fundus dotalis wird auf die Verlobten ausgedehnt,⁵ die Untreue der Braut gilt als adulterium,⁶ die Beleidigung der sponsa als Beleidigung des sponsus.⁷ Die Voraussetzungen der Gültigkeit waren für Verlöbniß und Ehe im Allgemeinen die gleichen.⁸ Trotzdem wird — darüber besteht kein Zweifel — in den Quellen scharf zwischen sponsalia und matrimonium unterschieden und das Verlöbniß als Vorvertrag behandelt, welchem die Ehe als eigentlicher Hauptvertrag nachzufolgen hat.

¹ l. 9 D. 23, 1; l. 32 § 27 D. 24, 1.

² Justinian hat hier übrigens eingegriffen; vgl. oben S. 16.

³ Vgl. l. 101. 191 D. de V. S. 50, 16; l. 38 D. soluto matr. 24, 3 u. a. m.

⁴ l. 1. 13 pr. § 1. D. de his qui not. 3, 1, 2.

⁵ l. 4 D. de fundo dotali 23, 5.

⁶ l. 13 § 3. 8. D. ad leg. Iul. de ad. 48, 5. — Vielleicht steht hier aber adulterium in dem weiten Sinne des Gesetzes für stuprum (vgl. Sehling, Das Strafsystem der lex Iulia de adulteriis, in Zeitschr. der Savignystiftung. Abthl. f. r. Rechtsgesch. IV, 160). ⁷ l. 15 § 24 D. de iniur. 47, 10.

⁸ l. 60 § 5 de ritu nupt. 23, 2. l. 15. 16 D. de sponsal. 23, 1. l. 8 D. eod. verbunden mit l. 16 § 2 D. 23, 2; insbesondere vgl. l. 15 D. de sponsal. 23, 1.

Zweiter Theil.

Das kanonische Recht.

Erstes Capitel.

Das Recht der Kirche bis zu Hugo von St. Victor.

§ 5. Die älteste Kirche.

Es ist ein anerkannter Satz der Wissenschaft, dass in der ältesten christlichen Gemeinschaft im Gebiete des römischen Rechtes das römische Eheschliessungsrecht im wesentlichen unverändert fort gegolten habe.¹ Aus der Allgemeinheit dieser Ansicht würde ihre Richtigkeit noch nicht folgen, wenn sie nicht auf so stichhaltigen Gründen beruhte, dass ein Zweifel unmöglich obwalten kann.

Man betrachte nur die Anfänge des Christenthums im römischen Reiche. Wie hätte es der Kirche bei der Stellung, die sie einnahm, in den Sinn kommen können, Rechtssätze für ihre Anhänger aufzustellen, und welche Macht hätte ihr denn auch behufs deren Durchführung zur Verfügung gestanden? Auch lagen Normirungen von weltlichen Rechtsverhältnissen, wie der Ehe, weder in der Absicht des Stifters, noch in derjenigen der ersten Christen. Wo sich kirchliche Vorschriften entwickelten, da hatten sie nur die Bedeutung von Ermahnungen und erst allmählich nahmen sie den Charakter von eigentlichen Rechtssätzen an.

Schon aus diesen Erwägungen will mir die Behauptung Freisens,² das älteste Eherecht der Kirche sei jüdisches Recht gewesen, nicht zutreffend erscheinen. Denn hätte man dieses recipirt, so hätte man ein vom römischen d. h. von dem für die übrigen Staatsbürger geltenden Rechte abweichendes³ Recht aufgestellt.⁴

Es lassen sich aber auch directe Belege dafür erbringen, dass die Kirche das römische Eheschliessungsrecht anerkannt hat. So Aussprüche des Pseudo-Chrysostomus,⁵ Ambrosius⁶ und Augustinus.⁷ Weiter lehnt.

¹ Eine Ausnahme bildet Freisen, Archiv für kathol. Kirchenr. 53, 369 ff. Vgl. darüber die folgende Darstellung. ² Archiv. 53, 369 ff.

³ Das giebt Freisen zu, Archiv. 53, 372.

⁴ Auch im Einzelnen scheint mir Freisens Beweisführung nicht gelungen zu sein.

⁵ Hom. 32 in Math. (c. 1. 4. C. 27 q. 21). In dieser Stelle wird in ganz unzweifelhafter Anlehnung an Sätze des römischen Rechtes ausgesprochen, dass die blosse Consenserklärung zur Eheschliessung genüge. — Ferner wird hier festgestellt, dass die Lebensgemeinschaft zum Bestande der Ehe nicht gehört, denn als *separatio corporis* (im Gegensatze zur *separatio voluntatis*) wird nur die

sich die berühmte Entscheidung Leo's¹ ebenso direct an das römische Recht an, wie der bekannte Brief des Papstes Nikolaus.² Gerade das letztere Schreiben enthält den Nachweis, dass die römische Kirche constant an dem Hauptgrundsatz des römischen Eheschliessungsrechtes „consensus facit nuptias“ festgehalten hat.

II. Es soll aber nicht verschwiegen bleiben, dass sich in der ältesten Kirche auch abweichende Ansichten geltend machten.

Der sittliche Ernst, welcher die ersten Christen beseelte, musste natürlich zu einer stärkeren Betonung der Unauflöslichkeit der Ehe führen.³ Es ist daher erklärlich, dass auch das durch das Verlöbniß geschlungene Band als ein weit festeres und schwerer zu trennendes angesehen wurde,⁴ als im römischen Rechte, und es musste

Aufhebung der Geschlechtsgemeinschaft bezeichnet. Wenn diese Stelle auch nicht von dem Kirchenvater Chrysostomus stammt (vgl. u. a. Berardi, Gratiani canones. Venet. 1777. p. 3 c. 16. S. 188, der auch die richtige Lesart mittheilt), so ist sie doch sehr alt und spiegelt kirchliches Recht wieder.

⁶ Vgl. De virgin. c. 6 (c. 5 C. 27. q. 2); ep. 60^r (c. 38. C. 27. q. 2).

⁷ Serm. 51, 18 (Migne 38, 344); De nuptiis et concup. 1, 11 (Migne 44, 420); Contra Iulianum Pelagium 3, 43 (Migne 44, 724). — Vgl. übrigens auch Glück, 23, 38 ff.

¹ Ep. 167 ad Rusticum (ed. Ballerini I, 1422), inq. IV.

² Mansi 15, 403. scr. anno 866 (Jaffé Nr. 2123). (c. 2 C. 27 q. 2. c. 3 C. 30 q. 5). — Hier werden sponsalia (als promissio futurarum nuptiarum) von der eigentlichen Eheschliessung, die durch Consenserklärung geschehe, unterschieden. Erst nachdem diese vorangegangen (wobei speciell an Erklärung vor Zeugen oder Aufsetzung von Ehecontracten gedacht ist), folge die feierliche Einsegnung in der Kirche. Die übrigen Hochzeitsfeierlichkeiten — also z. B. auch in domum deductio —, ja sogar die erwähnten selbst, hält der Papst der Consenserklärung gegenüber für unwesentlich.

³ Inwieweit diese Grundsätze auf die Kaisergesetzgebung eingewirkt haben, bleibe hier dahingestellt; jedenfalls steht die Thatsache fest, dass unter den christlichen Kaisern die Ehescheidungen mehr und mehr erschwert worden sind. Vgl. Glück 27, 1. 28 ff.

⁴ Vgl. Scheurl, Eheschl. S. 27 ff. — Vgl. auch v. Moy, das Eherecht der Christen. Regensb. 1833. S. 99. Auch c. 50 C. 27 q. 2 (Siricius, Jaffé Nr. 65) soll nichts anderes als das feste Band des Verlöbnisses betonen. (Eigenartig die Interpretation von Scheurl, Eheschl. S. 26 ff.) — Scheurl hat (Eheschl. S. 24) diesem Gedanken folgenden treffenden Ausdruck verliehen: „Eben jenes Bewusstsein von der Heiligkeit und Unauflöslichkeit der Ehe, welches die Christen von Anfang an erfüllte, musste nothwendig sie bestimmen, auch bei der Eingehung von Verlöbnissen mit dem grössten Ernste zu Werke zu gehen, und den durch Sponsalien kundzugebenden Entschluss, mit je grösserem Bedacht er deshalb zu fassen sei, als einen kaum weniger bindenden zu betrachten, wie den, mit welchem die Ehe selbst durch ihren factischen Beginn geschlossen wird, so dass nur wichtige objective Gründe, nicht blosse Aenderung der eigenen Neigung zur Auflösung des Verlöbnisses berechneten könnten.“ Schon aus diesem Grunde braucht man in den be-

um so fester erscheinen, als sich in der morgenländischen Kirche der Brauch entwickelt hatte, die Verlöbnisse einsegnen zu lassen.¹ Wir hatten bereits bei der Darstellung des römischen Rechtes die Aufnahme der sponsa in die häusliche Gemeinschaft des sponsus — vor der eigentlichen Eheschliessung — als einen verbreiteten Gebrauch constatirt. Pseudo-Chrysostomus erwähnt ihn ausdrücklich.² Zu diesen Momenten kam aber noch der Umstand, dass die heilige Schrift die Verlobten Ehegatten zu nennen pflegte,³ und so konnte man denn leicht zu der oberflächlichen Annahme gelangen, dass der einzige wesentliche Unterschied zwischen desponsatae und uxores in der copula liege.⁴ Eine weitere Folgerung, die auch durch die sinnliche Anschauungsweise des Volkes und durch einige Stellen der Schrift⁵ eine gewisse Unterstützung fand, war dann die, dass die Ehe durch copula geschlossen werde, vorher eine solche überhaupt nicht vorhanden sei. Diesem Gedanken gab Julianus Pelagius schlechthin Ausdruck.⁶ Derselbe verstieß aber nicht nur gegen die Enthaltensamkeit über alles erhebende kirchliche Rich-

treffenden Anschauungen der Kirche eine directe Anlehnung an das jüdische Recht (so Freisen, Archiv. 53, 375) nicht zu erblicken.

¹ Friedberg, Eheschl. S. 13 Anm.; Scheurl, Eheschl. S. 25 ff.; Dieckhoff, Die kirchl. Trauung. Rostock 1878. S. 30 ff.; Freisen, Archiv. 53, 80 ff.

² Hom. 4 ad c. 1. Ev. Math. v. 18 (c. 4. C. 27. q. 2).

³ Ein Brauch, der übrigens, wie Scheurl (Eheschl. S. 22) nachgewiesen hat, ohne irgendwelche rechtliche Bedeutung ist.

⁴ So erklären sich Aussprüche, wie der des Ambrosius in ep. 60. (c. 38. C. 27. q. 2), so die Ansichten des Chrysostomus und Hieronymus, dass zwischen Josef und Maria eine Ehe nicht bestanden habe (c. 42. 43. bezw. c. 40. C. 27. q. 2), so endlich statut. eccles. antiq. c. 101. (c. 5. C. 30. q. 5. — Dass hier von Eheschliessung die Rede, geht aus dem Zusammenhange hervor. Vgl. Scheurl, Eheschl. S. 25). Vgl. auch die nicht unverdächtige Stelle des Papstes Pelagius c. 20. D. 34.

⁵ Z. B. der Ausdruck „una caro (Gen. 2, 24). Aus der bei kirchlichen Schriftstellern häufigen Verwendung dieses Begriffes lässt sich aber keineswegs ein Beweis für die Reception des jüdischen Rechtes oder die Bezeichnung der copula als Eheschliessung erbringen. Auch im heutigen Rechte spielt die unitas carnis eine grosse Rolle — z. B. bei der affinitas — und doch wird die Ehe durch Consens geschlossen. Die Beweise Freisens (Archiv. 53, 375 ff.) erscheinen mir nicht schlagend. —

⁶ Augustin., Contra Iulian. Pelag. 5, 12. (Migne 44, 810): Iam vero de Joseph, cuius Mariam teste evangelio coniugem dixi, multa diu disputas contra sententiam meam, et conaris ostendere, quia concubitus defuit, nullo modo fuisse coniugium, ac per hoc, secundum te, cum destiterint concumbere coniuges, iam non erunt coniuges, et divortium erit illa cessatio. — Vgl. ferner Op. imperf. contra Julianum Pelag. 1, 65 (Migne 45, 1083), 4, 68 (Migne 45, 1378), 4, 76 (Migne 45, 1382).

tung,¹ sondern musste namentlich auch mit ihrer Consequenz: Leugnung der Ehe Marias² Anstoss erregen. So wird denn überall von den Kirchenvätern betont, dass nicht der concubitus, sondern der consensus die Ehe bewirke.³ Sie verleihen aber diesem Gedanken mit Rücksicht auf den von ihnen erstrebten Nachweis der Ehe Marias⁴ Ausdruck dahin, dass „ex prima fide desponsationis“ die Ehe entstehe; denn die Schrift nennt Maria, trotzdem sie in der Ehe gelebt, „desponsata“. Das Wort „desponsatio“ ist ausschliesslich mit Rücksicht auf die Ehe Marias gewählt. Es bedeutet den Consens im Gegensatze zum concubitus, und unter desponsata wird die in unvollzogener Ehe Lebende, im Gegensatze zur nupta, cognita verstanden.⁵

¹ Vgl. Augustin., *De sancta virginitate liber unus* (Migne 40, 395 ff.); *De bono coniugali* c. 8. 9. 10 (Migne 40, 379 ff.); *Contra Iulianum Pelag.* 2, 7 (Migne 44, 687). ² Vgl. S. 25 Anm. 6 und S. 27 Anm. 5.

³ Ambrosius, *De virginibus* c. 6 (c. 5. 35 C. 27 q. 2. Vgl. die Bemerkung des Catechismus Romanus über den Sinn dieser Stelle in p. II. c. 8 q. 8 Ed. Lips. 1840. S. 278). — Ambrosius scheint in der von Freisen (Archiv. 53, 870) mitgetheilten Stelle allerdings der entgegengesetzten Ansicht zu sein; es wird hier aber die copula nur zur Bestärkung des ehelichen Bandes hervorgehoben. — Pseudo-Chrysostomus, hom. 32 in Math. (c. 1. 4. C. 27 q. 2). Augustin., *De nupt. et concup.* 1, 11 (Migne 44, 420); *Contra Iulianum Pelag.* 5, 12 (Migne 44, 810. 811); *Serm.* 51, 13 (Migne 38, 344) u. a. mehr.

⁴ Ambrosius, *Super Lucam* I, 1 v. 24. 25 (c. 1 C. 32 q. 2). — Vgl. namentlich aber Augustin., dessen Polemik gegen Julianus Pelagius den Satz betraf, ob Maria wegen des Keuschheitsgelübdes in der Ehe gelebt haben könne. *Contra Iulianum Pelag.* 5, 12 (Migne 44, 810. 811, vgl. oben S. 26 Anm. 6); *Serm.* 51, 13 (Migne 38, 344). Richtig daher Knitschky, *Krit. Vierteljahrschr.* 18, 414 (Kritik von Sohm, *Recht der Eheschliessung*).

⁵ Dass dies die Ansicht des Ambrosius, beweist ein Vergleich von *De virginibus* c. 6 (c. 5. 35 C. 27 q. 2), *Super Lucam* 2, 1. v. 26. 27 (c. 1 C. 32 q. 2); *Hexaemeron.* 5, 20 (ed. Tauchnitz. Lips. 1840. S. 135). — Ganz zweifellos ergibt sich dies Resultat aus den Schriften Augustins: *De nuptiis et concup.* 1, 11: „Mutuum continentiae votum coniugium non dirimit. Verum coniugium inter Mariam et Joseph. Joseph quomodo pater Christi. In matrimonio Mariae et Joseph omnia fuere coniugii bona. Quibus vero placuerit ex consensu, ab usu carnalis concupiscentiae in perpetuum continere, absit ut inter illos vinculum coniugale rumpatur: immo firmitus erit, quo magis ea pacta secum inierint, quae charius concordiusque servanda sunt, non voluptariis nexibus corporum, sed voluntariis affectibus animorum. Neque enim fallaciter ab angelo dictum est ad Joseph »Noli timere Mariam coniugem tuam«. Coniux vocatur ex prima fide desponsationis, quam concubitu nec cognoverat“ (vgl. c. 9 C. 27 q. 2). — *Contra Iulianum Pelag.* 5, 12 (Migne 44, 810). Vgl. oben S. 26 Anm. 6. *Serm.* 51, 13 (Migne 38, 344): *Coniugium facit non commixtio carnalis, sed charitas coniugalis* . . . Non itaque propterea non fuit pater Joseph, quia cum matre Domini non concubuit. — *De sancta virginitate liber unus* c. 2. 4 (Migne 40, 397. 398). *Desponsatio* im Gegensatze zu *copula*, *desponsata* im Gegensatze zu *cognita*!

Diese rein dogmatische Streitigkeit hatte mit der Aufstellung einer neuen Eheschliessungslehre nichts zu schaffen. Es wäre dies der Fall gewesen, wenn man die Verlobung als Eheschliessung hätte bezeichnen wollen. Dahin ging aber die Ansicht der kirchlichen Schriftsteller keineswegs. Denn, wo die Kirchenväter von Eheschliessung überhaupt sprechen, handelt es sich um die Verbindung Josefs und Marias. Diese allein absorbirt ihr Interesse vollständig,¹ und deshalb werden ihre Ausführungen durch die eigenartige Ausdrucksweise der Schrift beeinflusst. Mag man auch zugeben, dass diese letztere jüdisch-rechtlichen Ursprungs ist, ferner dass die Kirchenväter als Belegstellen directe Citate aus dem mosaischen Recht anführen, so folgt hieraus für eine Reception des jüdischen Rechtes dennoch nichts.² Das erstere war durch die Natur der Sache bedingt, das zweite beweist ebensowenig etwas, als wie die Aufnahme derartiger Stellen des alten Testaments in spätere Rechtssammlungen z. B. Gratian. Im Gegentheil deuten jene Beispiele und Quellen darauf hin, dass die Kirchenväter irgend einen Einfluss auf das geltende Eheschliessungsrecht nicht ausüben, sondern sich lediglich auf Erörterung dogmatischer Fragen beschränken wollten.

Immerhin haben diese Aussprüche des Ambrosius, Augustin, und des letzteren auch bei Isidor,³ die also nichts weiter besagen, als „consensus non copula facit nuptias,“ in der Folgezeit mancherlei Verwirrung angerichtet. Es wird sich aber zeigen, dass auch die spätere Theorie, wie Gratian, sie in diesem Sinne verstanden hat. — Der erwähnte Fundamentalsatz des römischen Eheschliessungsrechts wurde stets in der römischen Kirche hochgehalten und, wie sich im Verlaufe der Darstellung

¹ Man vgl. Augustin, Serm. 51, 9 (Migne 38, 338); Serm. 51, 13 (Migne 38, 344); De nuptiis et concup. 1, 11. 12 (Migne 44, 420); Contra Iulianum Pelag. 1, 2 (Migne 44, 649); 5, 12 (Migne 44, 810 ff.) u. a. mehr.

² Freisen (Archiv. 53, 370 ff.) vertritt bekanntlich die entgegengesetzte Ansicht. — Aus den im Texte angegebenen Gründen kann ich auch in den Grundsätzen über die Affinität, die auf jenem biblischen Ausdrucke „una caro“ fussen, keinen Beweis für die Reception des mosaischen Rechtes erblicken. (So Freisen, Archiv. 53, 376. 383.)

³ Ich meine Isidor, Ethymolog. 9, 7 (c. 6 C. 27 q. 2). Obwohl Isidor der Zeit nach nicht hierher gehört, und die in den Quellen gleichsam als ein eigener Ausspruch Isidor's charakterisirte Stelle diejenige Augustin's, De nupt. et concup. 1, 11 (Migne 44, 420. c. 9. C. 27 q. 2) ist, welche Isidor in sein Sammelwerk aufgenommen hat, so möge er doch gleich mit erwähnt werden. Wie sich unten ergeben wird, sind nämlich die Aussprüche des Ambrosius, Augustin und „Isidor“, welche Gratian in c. 5. 6 und 9 C. 27 q. 2 (c. 7 und 8 sind Paleae) zusammengestellt hat, zu hoher Bedeutung gelangt und stets im Zusammenhange genannt worden. Man wird daher den kurzen Ausdruck „Isidor“ anstatt „Augustin im Sammelwerke des Isidor“ verzeihen.

ergeben wird, energisch vertheidigt gegenüber den die Bedeutung der copula vertretenden Ansichten.¹ —

§ 6. Das deutsche Recht.

I. Da wir in der vorliegenden Abhandlung bloss das kirchliche Recht darzustellen haben, und dieses bezüglich der hier in Betracht kommenden Frage durch das germanische Recht, wie unten zu zeigen, nicht beeinflusst worden ist, so könnten wir füglich letzteres mit Stillschweigen übergehen. Immerhin mögen jedoch folgende Bemerkungen gestattet sein.

Neuerdings hat man vielfach zu erörtern versucht, ob Raubehe oder Frauenkauf die älteste Eheschliessungsform gewesen sei.² Unsere Ansicht hierüber ist folgende: Der Frauenraub ist niemals die einzige Eheschliessungsform gewesen. Denn wie es einerseits richtig ist, — was Dargun nachgewiesen hat³ — dass auch ohne mundium-Erwerb eine Ehe bestehen konnte, dass auch die durch Raub geschlossene Ehe eine gültige war, so ist es doch auch andererseits nicht in Zweifel zu ziehen, dass die durch regelrechten Kauf geschlossene Verbindung dieselbe Gültigkeit beanspruchen konnte. Diese letztere Eheschliessungsform mag auch — bei der Anwendung der Regeln des Sachenrechtes auf die Frau — als die normale von jeher gegolten haben. Damit braucht sie aber noch keineswegs die ausschliessliche gewesen zu sein. In den rohen, rechtlosen Zeiten ist die gewaltsame Eroberung der Frau auf dem Kriegszuge das gewöhnlichere gewesen, und sind die Heldenlieder voll von Beschreibungen derartiger Raubehe.⁴ Doch werden die letzteren — schon wegen ihres gewalthätigen Charakters — stets als ausserordentliche Vorkommnisse gegolten haben.

Je mehr sich die sittlichen Anschauungen hoben und die rechtliche Sicherheit wuchs, schwand die ausserordentliche Form und trat die normale, der Frauenkauf, in den Vordergrund. —

Kirchliche⁵ und staatliche⁶ Gesetzgebung kämpften ebenfalls gegen

¹ Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 42 ff.

² Vgl. Dargun, Mutterrecht und Raubehe. Breslau 1883; Heusler, Institutionen des d. Privatrechts 2, 227 ff. (Leipzig 1886).

³ Vgl. auch Colberg, Ueber das Eehinderniss der Entführung. Leipzig 1869. S. 25. Vgl. auch Kohler in Zeitschr. f. vgl. Rechtsw. 6, 321. 322. (1886).

⁴ Vgl. Colberg, a. a. O. S. 15; Dargun, a. a. O. S. 116 ff. 126 ff. (Vielleicht daher das Sprichwort: Wer das Glück hat, führt die Braut heim.)

⁵ Vgl. unten. Colberg, a. a. O. S. 47 ff.

⁶ Vgl. z. B. Childebert II. Decret. c. 4. (Boretius, in Monum. Germ. LL. Sect. II. tom. 1. S. 16); Capitulare ecclesiastic. Ludowici Pii. c. 24. 25. (Boretius, a. a. O. S. 278. 279). — Vgl. auch Cart. compositiois, formul. Salicae Lindenbrog. 16. (Zeumer, in Monum. Germ. LL. Sect. 5. S. 277). Colberg, a. a. O. S. 20. 35 ff.; Dargun, a. a. O. S. 112. 113.

diese Raubehe an, und es ist ihnen gelungen, den Raub zu einer blossen Hochzeitsfeierlichkeit herabzudrücken.¹ —

Immerhin blieb — als Rest der Raubehe — der Satz bestehen, dass Ehen ohne mundium, namentlich wenn noch die Zustimmung der Frau hinzukam, gültig waren.

Dies ist der Stand der Volksrechte.²

II. Fragen wir, wann die Eheschliessung im deutschen Rechte vollendet gewesen sei, so muss für das älteste Recht ebenso wie für das älteste römische geantwortet werden: wenn das Eigenthum übertragen oder durch Raub erworben war; für die uns vorliegenden Quellen dagegen: in vom Gesetze vollständig anerkannter Weise nur dann, wenn dasjenige, was den Gegenstand der Verlobung bildete, erfüllt, d. h. wenn die Braut dem Manne als Ehefrau übergeben und von dem Manne als solche angenommen war, mit anderen Worten, wenn die Tradition stattgefunden hatte. Nur diese Eheschliessungsform begründete das mundium. Allerdings konnte eine Ehe auch ohne mundium bestehen;³ als Rest der Raubehe galt, wie erwähnt, der Satz, dass die Ehe durch blosse Willenseinigung der Parteien ohne mundium-Erwerb, d. h. also ohne Verlobung und Trauung geschlossen werden könne. Derartige Ehen waren gültig, standen aber den durch Verlobung und Trauung geschlossenen rechtlich nicht gleich; es waren minder gültige Ehen, wie im älteren römischen Rechte die Ehen ohne manus.

Bei letzteren Ehen fiel Verlobung und Trauung fort, aber es blieb derselbe juristische Kern, wie bei dem Scheinkaufe des römischen Rechtes: der übereinstimmende Wille der Parteien.⁴ Die Ehe ohne manus entsteht nach römischen Recht: consensu, die Ehe mit manus: durch den Erwerb der manus. Ebenso im deutschen Recht: Die Ehe ohne mundium durch den Willen der Parteien, die Ehe mit mundium durch Verlobung und Trauung.

¹ Es möge hier auf die Analogie des römischen Rechts hingewiesen sein. Auch hier ist uns als die älteste Eheschliessungsform der Raub (der Sabinerinnen) überliefert, während wir in der historischen Zeit die letzten Spuren der Raubehe bei den Hochzeitsgebräuchen finden.

² Vgl. hierzu auch die gründlichen Ausführungen bei Scaduto, *Il consenso nelle nozze*. Napoli 1885. S. 83 ff.

³ Rive, *Die Vormundschaft im Recht der Germanen*. Braunschweig 1862. I, 259; Dargun, a. a. O. S. 27; Heusler, a. a. O. 2, S. 279.

⁴ Den Willen der Parteien betonen Ed. Liutpr. 120. Ed. Roth. 182. 186. 188. 190; lex Visigoth. III, 11 § 1; lex Sax. tit. 6 c. 1; lex Baiuw. Text. leg. prim. 8, 6. 8; lex Burg. 12, 3; formul. Andecavenses 45 (Zeumer, a. a. O. S. 20); Marculf, form. II, 29 (Zeumer, S. 94); formul. Turonenses 19 (Zeumer S. 145); formul. Alsaticae 18 (Zeumer S. 334) u. a. mehr.

Wenn sich in der Zeit der Volksrechte sogar noch weitergehende Spuren der Raubehe in dem Satze vorfinden, dass die Entführung — gegen den Willen der Frau — zur Entstehung einer gültigen, wenn auch mit rechtlichen Nachtheilen verknüpften, Ehe genüge,¹ so wird doch schon stets das Einwilligungsrecht der Frau, welches eigentlich erforderlich gewesen wäre, hervorgehoben.² Wenn bei solchen Entführungen der Wille der Braut anfänglich nicht vorhanden war, so konnte man ihn doch in der vollendeten Thatsache erkennen, und so kam denn wieder der rechtliche Gedanke, dass die Ehe durch Willenseinigung entstehen könne, zum Ausdruck. In wie weit derselbe bei der Eheschliessung durch Verlobung und Trauung allmählich zum Durchbruche gelangt ist, wird unten berührt werden.

III. Nirgends wird in den Quellen die *copula* als Eheschliessungsfactor bezeichnet.

Zwar ist nicht zu leugnen, dass die *copula* im deutschen Eherecht eine bedeutende Rolle gespielt hat. Erst mit ihr war nach den rohen Anschauungen des Volkes das Endziel der Eheschliessung erreicht, nach anderen Rechten erst mit der Geburt eines Erben.³ Da lag es doch nahe, auch mit ihr eine Reihe von rechtlichen Folgen zu verknüpfen, welche die innigste Vereinigung von Mann und Frau rechtlich darstellten.⁴ Damit ist aber für diese Rechte ebenso wenig die ehewirkende Kraft der *copula* bewiesen, als wie für die in Anm. 3 gedachten Rechte die eheschliessende Wirkung der Geburt eines Kindes. Da man die *copula* in der Ehe, wie Freisen⁵ richtig bemerkt, als

¹ Vgl. noch Capit. leg. addend. Ludov. Pii. c. 9 (814—827. Boretius, a. a. O. S. 282). Auch die Bussordnungen behandeln derartige Ehen nur als strafbare, nicht als ungültige, vgl. Poenit. Hubert. 38 (Wasserschleben, Die Bussordnungen der abendl. Kirche. Halle 1851. S. 382); Iudic. Clement. c. 30 (Wasserschleben S. 432). — Vgl. übrigens Colberg, a. a. O. S. 34 ff.; Löning, Gesch. des d. Kirchenr. Strassb. 1878. 2, 587.

² Ed. Roth. 192. 187. 186. 215.; Osenbrüggen, Langob. Strafrecht. Schaffhausen 1863. S. 109 ff.; Lex Salica 14, 9. Marculf. 2. form. 16 (Zeumer, S. 85); Capitul. eccles. (818. 819) c. 24 (Boretius, a. a. O. S. 279) = Ansegis. Capit. 1, 99 med. (Boretius, a. a. O. S. 408), daraus Regino 2, 155 (ed. Wasserschleben, a. a. O. S. 362); Capit. leg. addend. (818. 819) c. 4 (Boretius, a. a. O. S. 281), Ansegis. Capit. 4, 16 (Boretius, a. a. O. S. 438), daraus Regino 2, 190 (ed. Wasserschleben S. 258). — Erwähnt wird der Wille der Frau in Chlotar. II. edict. (614) c. 18 (Boretius, a. a. O. S. 23); Chlotar. II. praescr. § 7 (Boretius, a. a. O. S. 19); Cap. Compendiense c. 6. 8 (Boretius, a. a. O. S. 38).

³ Vgl. lex Saxonum tit. 8. Für das spätere Recht: Stobbe, D. Privatrecht. Bd. 4. (Berlin 1884) S. 38.

⁴ Vgl. Hincmar, Ep. ad Rodulfum et Frothar. c. 6 (Sirmond. II, 658).

⁵ Archiv. 5, 383.

etwas ganz selbstverständliches, ja als den wesentlichsten Vorgang in der Ehe ansah, so beweisen die von Freisen angeführten Stellen nichts. Der c. 41 des Concils von Tribur spricht sogar gegen Freisen; denn der impotente Ehemann wird dort *legitimus vir* genannt.¹

Mag also die Volksanschauung erst seit dem Beilager von Ehe gesprochen haben,² mag das Recht mit ihr, als der ersten vollständigen, körperlichen Vereinigung der Ehegatten und zugleich als dem sichersten Zeichen für die *affectio maritalis* bestimmte rechtliche Wirkungen, die speciell diesen innigen Charakter tragen, verknüpft haben, mag endlich das Recht bisweilen sogar in einer gewissen nachlässigen, aber durch das regelmässige Zusammenfallen von Eheschliessung und *copula* entschuldigten Ausdrucksweise Eheschliessung und *copula* verwechselt haben³ — niemals ist das deutsche Recht soweit gegangen, die *copula* an sich genommen als die alleinige Form der Eheschliessung zu bezeichnen. Abgesehen davon, dass ein positiver Nachweis bisher überhaupt noch nicht erbracht ist — denn mit den Wirkungen, welche das spätere Recht an die *copula* knüpft, ist die Ehe keineswegs erschöpft⁴ —, sei auch noch auf die bekannte Stelle des Concil. Triburiense (c. 1 X. de sponsal. et matr. 4, 1) hingewiesen, wonach die Eheschliessung in den verschiedenen Rechten nicht gleichmässig vor sich ging.

Bei der Eheschliessung durch Frauenkauf und durch dessen abgeschwächte Form (*Mundiumerwerb*), den normalen Eheschliessungsformen, war rechtlich zweifellos die Ehe vorhanden, wenn Eigenthum bezw. *Mundium* übertragen war⁵ — ganz wie im römischen Rechte beim Eigenthumserwerbe durch den wahren Kauf, und beim Manuserwerbe durch die *coemptio* . Hier war zu irgend einer rechtlichen Bedeutung der *copula* der Platz nicht mehr vorhanden.

Heusler bemerkt ganz richtig,⁶ „..... dass das kanonische Recht in der Folge schwerlich dem Beilager die maassgebende Bedeutung würde beigelegt haben, wenn es nicht in der gemeinen Anschauung

¹ Ebenso liefern die Citate Heuslers (a. a. O. 2. § 132, z. B. Guden, Cod. d. I. Nr. 334) keinen Beweis. In letztere Stelle spielt ausserdem kirchliches Recht hinein. Auch die form. Augiens. B. 1 (Zeumer S. 347.); form. Bituricensis 15 a (Zeumer S. 174), form. extravag. 1, 11 (Zeumer S. 540), form. Salicae Bignon. 6 (Zeumer S. 230) weisen auf kirchliche Anschauungen hin.

² So mag sich auch der volksthümliche Ausdruck in den Statuta Rhispaceusia et Frising. c. 46 (Boretius, a. a. O. S. 230): „*facere ad uxorem*“ erklären.

³ Vgl. z. B. Concil. Tribur. c. 41 (c. 31 C. 27 q. 2).

⁴ Dies giebt auch Heusler (a. a. O. 2 § 131) — der, wie erwähnt, die *copula* als den Moment des Eheschlusses betrachtet — zu, bemerkt aber, dass gerade die wichtigsten Wirkungen der Ehe in späterer Zeit erst auf die *copula* folgten.

⁵ Vgl. Löning, a. a. O. 2, S. 578. 582.

⁶ A. a. O. 2 § 131.

eine Stütze hierfür gefunden hätte.“ Es steht aber fest,¹ dass die Kirche bis zu Hincmar von Rheims die copula niemals als zur Ehe erforderlich bezeichnet, vielmehr gerade das Gegentheil behauptet und trotzdem — daran zweifelt auch Heusler nicht — das nationale Eheschliessungsrecht respectirt hat. So wird denn wohl auch das deutsche Recht jenen von der Kirche verworfenen Standpunct nicht eingenommen haben. Wie hätte sich denn sonst auch die Behandlung der Impotenz als Ehescheidungsgrund erklären lassen?² Dass aber die fränkische Kirche seit Hincmar von Rheims die copula zur Gültigkeit der Ehe verlangt, hat, wie unten zu zeigen, seinen Grund lediglich in theologisch-dogmatischen Erwägungen; dieser Umstand liefert daher einen indirecten Beweis für das deutsche Recht.³ Es entbehren deshalb alle Folgerungen von dem kirchlichen Rechte auf das weltliche der nöthigen Voraussetzungen, und alle Belegstellen, die sich an kirchliches Recht anlehnen, können irgend einen Beweis für die Freisen-Heusler'sche Ansicht nicht erbringen.⁴

IV. Allerdings wird auf diese Weise die von Freisen und Heusler gewonnene allgemeine Eheschliessungsform aufgegeben und die mühsam construirte Einheit des deutschen Eheschliessungsrechtes über den Haufen geworfen. Aber ganz abgesehen von der Frage, ob in den deutschen Volksrechten überhaupt ein gemeinsames Princip zu finden ist, ergibt sich doch auch aus dem Vorstehenden ein allgemeiner Grundsatz: Für das älteste Recht Erwerb des Eigenthums durch Kauf oder gewaltsame Aneignung; für das spätere Recht Erwerb des mundium, daneben aber mehr und mehr hervortretend der übereinstimmende Wille beider Contrahenten über die Herstellung des ehelichen Verhältnisses, ein Wille, der auch in concludenten Handlungen, namentlich in der copula gefunden werden kann.⁵

¹ Vgl. unten S. 37 ff. ² Vgl. unten S. 39. 43.

³ Die römische Kirche hielt im Gegensatz zur fränkischen Kirche an dem alten Grundsatz des römischen Rechtes fest.

⁴ So die von Heusler (a. a. O. 2, § 132) angezogene Stelle: Guden, C. d. I. Nr. 334.

⁵ Es ist zwar bestritten worden, dass das deutsche Recht jemals den Grundsatz des römischen Eheschliessungsrechts anerkannt und den Consens als den eigentlichen Mittelpunkt der Handlung hingestellt habe. Vgl. dagegen mit Recht Scherer, Ueber das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor. Graz 1879. S. 15 ff. — Verlobung und Trauung werden, seitdem die Contrahenten den Trauenden wählen, zur blossen Form.

⁶ Namentlich aus den Zeiten der Raubehe stammte dieser Grundsatz; hier musste in dem freiwilligen Erdulden der copula eine nachträgliche Genehmigung gefunden werden. Vgl. lex Visigoth. III, 5 § 2 (Walter, Corp. iur. 1, 484); lex Burg. 12, 3. — Sohm, Eheschliessung. S. 51; Dargun, a. a. O. S. 27.

Der Grundgedanke des deutschen Eheschliessungsrechtes, wie er uns in den Rechtsquellen nach Abschwächung der Kaufsidee bereits entgegentritt, ist der, dass der übereinstimmende Wille beider Theile zur Eheschliessung erforderlich sei.

§ 7. Die Stellung der Kirche gegenüber dem deutschen Eheschliessungsrecht.

I. Die Kirche hat, wie mehrfach hervorgehoben, das nationale Eheschliessungsrecht anerkannt; eine Veranlassung zur Ausbildung eines besonderen Rechtes hatte sie auch nicht, da sie die Ehegerichtsbarkeit nicht besass. Nichtsdestoweniger war es ganz natürlich, dass die Kirche ihren Einfluss für eine ihren geläuterten Anschauungen entsprechende Gestaltung der Ehe geltend zu machen suchte, und in dieser Hinsicht betrachtete sie es als eine der wichtigsten Aufgaben, die eherechtliche Gleichstellung von Mann und Frau herbeizuführen.¹ In den Bussbüchern² blickt dieser Gedanke wiederholt durch, bisweilen wird er ganz ausdrücklich ausgesprochen.³ Noch charakteristischer tritt aber das Bestreben in dem *Decretum Compendiense* (757) hervor.⁴ Es unterliegt keinem Zweifel, dass die in diesem Gesetze der Ehefrau zugestandenen Rechte

¹ Es lässt sich dieser Standpunkt der Kirche durch Aussprüche aus den verschiedensten Zeiten nachweisen. Vgl. Hieronymus, *Ad Oceanum* ep. 77 de morte Fabiolae (Migne 22, 690): *Quidquid viris iubetur hoc consequenter redundat in feminas*; Ambrosius, *De patriarch.* I, 4 (c. 4. C. 32 q. 4): *Nec viro licet, quod mulieri non licet*; Concil. Eliberitan. (a. 310) c. 69; Innocenz I., *Ad Exsuperium* ep. epistol. 3 c. 4 (405) = c. 23 C. 32 q. 5; Poenit. Cummeani c. 3 § 42 (Wasserschleben, a. a. O. S. 475); Hincmar, *De divortio Lothar. et Tetbergae Interrog.* 5 resp. (Sirmond. 1, 589), interrog. 18 resp. (Sirmond. 1, 645), interrog. 21 resp. (Sirmond. 1, 669); Abälardus, *Sic et non*. 126 (Migne 176, 1550) u. a. m.

² So vgl. Capitul. Dacheriana c. 145 (Wasserschleben S. 158); Canones Gregorii c. 65. 86 (Wasserschleben S. 168. 170), c. 179: *Si ante consensu amborum coniuncti sunt* (Wasserschleben S. 171); Poenit. Theodori lib. 1 c. 12 § 7. 12 (Wasserschleben S. 213. 214), lib. 2 c. 18 § 5 (Wasserschleben S. 217); Confession. Pseudo-Egberti c. 25 (Wasserschleben S. 310). — Von fränkischen Bussordnungen vergleiche:

a) die Columban verwandten: Poenit. Hubert. c. 38 (Wasserschleben S. 382) = Poenit. Merseburg. b. c. 35 (Wasserschleben S. 432); Poenit. Merseburg. c. 123 (Wasserschleben S. 403) = Iudic. Clement. c. 15 (Wasserschleben S. 433); Poenit. Vindobon. c. 90 (Wasserschleben S. 421).

b) Die Bussordnungen auf Theodorischer Grundlage: Poenit. Pseudo-Theodori c. 1 (16) § 33 (Wasserschleben S. 576), c. 4 (19) § 20 (Wasserschleben S. 582) u. a. mehr. Vgl. ferner Corrector Burchardi c. 46. 228 (Wasserschleben S. 641. 677).

³ Der Standpunkt der Bussbücher ist um so erklärlicher, als sie zum Theile von Schriftstellern verfasst wurden, die in Gebieten, wo jene Gleichstellung bereits anerkannt, aufgewachsen waren.

⁴ Ed. Boretius, a. a. O. S. 38 ff. Vgl. z. B. c. 4. 8.

dem Einflusse der kirchlichen Grossen zu verdanken sind; ausserdem wird dies regelmässig am Ende eines solchen Capitels durch Bemerkungen wie „Georgius episcopus Romanus consensit“ oder ähnliche hervorgehoben.¹ Vor allem springt c. 6 in die Augen. Auch dieses Capitel, welches das Recht der Frau in erheblicher Weise erweitert, ist zweifellos auf Rechnung kirchlicher Bestrebungen zu setzen, und ganz deutlich wird hier der Grundsatz des römischen Rechtes „Consensus facit nuptias“ ausgesprochen, denn die von der Frau geschlossene Ehe wird ohne Weiteres als gültige anerkannt. Die rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Eheschliessungsrechtes führt nothwendig zu jenem Grundsatz des römischen Rechtes, und ihn betrachtete die Kirche auch als den eigentlichen juristischen Kern der Eheschliessung.² Die vollständige Anerkennung dieses Gedankens im deutschen Rechte ist zweifellos zum Theil den kirchlichen Anschauungen zu verdanken, wenn sie auch bereits durch Abschwächung der Raubehe und des Frauenkaufs vorbereitet war.

II. Es war ein leicht erklärbarer Wunsch der Kirche, dass „gelegentlich der Eheschliessung nicht nur durch Ordnung der vermögensrechtlichen Beziehungen, sondern auch durch die hergebrachte öffentliche Feier der Hochzeit der Thatbestand einer vollgültigen Ehe nach jeder Richtung hin geschaffen werde“.³ Die Kirche kämpfte daher zu Gunsten der legitimen Eheschliessung gegen die regellose durch Raub an.⁴

¹ Vgl. c. 14. 16. 20. Das Compendiense verleiht zum ersten Male im fränkischen Reiche der Ehefrau wegen Impotenz ein — wenn auch practisch noch sehr eingeschränktes — Scheidungsrecht. Das betreffende c. 20 schliesst mit den Worten: *De muliere, quae dicit, quod vir suus ei commercium maritale non reddidit, Georgius (der päpstliche Legat) consensit.* Vgl. auch Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 21.

² Vgl. folgende Stellen der Bussbücher: *Canones Gregor.* c. 179 (Wassersch. S. 179); *Poenit. Theodor.* 2, 13 § 5 (Wassersch. S. 217); *Conf. Pseudo-Egberti* c. 25 (Wassersch. S. 310); *Poenit. Pseudo-Theod.* c. 1 (16) § 33 (Wassersch. S. 576); *Corrector Burchardi* c. 46. 228 (Wassersch. S. 641. 679). Vgl. ferner die *Pseudo-Isidor-Stelle* ed. Hinschius S. 87 (c. 1 C. 30 q. 5) und dazu Scherer, a. a. O. S. 44; auch den bekannten Brief von Nikolaus (*Responsa ad consulta Bulgarorum* c. 3. *Mansi* 15, 401 ff. c. 3 C. 30 q. 5).

³ Vgl. Scherer, a. a. O. S. 10. — Es war ein „Wunsch“ der Kirche; nicht dagegen betrachtete sie die Beobachtung der Förmlichkeiten als ein Erforderniss zur Gültigkeit. Vgl. *Pseudo-Isidor* (ed. Hinschius S. 87 c. 1 C. 30 q. 5, dazu Scherer, a. a. O. S. 23); *Benedict III.*, 463. — *Corrector Burchardi* 9 c. 43 (Wassersch. S. 640) verfügt Strafe, aber nicht Ungültigkeit. — Vgl. auch *Concil. Rom.* (721 unter Gregor II.) c. 3—11 (*Regino* 2, 187 ed. Wassersch. S. 266).

⁴ Eine Sendfrage lautete daher „*Si quis quancumque feminam, virginem aut viduam per raptum traxerit et sociaverit sibi in matrimonio et si aliqui sunt qui in hoc consentientes et adiuuantes fuerint* (*Regino*, II. c. 5. Nr. 28 ed. Wassersch.

Unter den Erfordernissen der Legitimität verstand sie aber die vom Papste Leo in seinem bekannten Schreiben¹ aufgestellten: *desponsatio*, *dotatio*, *traditio*. Diese entsprachen nach dem Ausspruche des Papstes sowohl dem Rechte des Evangelium, als dem römischen Rechte.² Letzteres hat ja der Papst nach seinen eigenen Worten im Auge und daher sagt schon das *Poenit. Martenianum*³ c. 37. „*Augustinus ait: Qualis esse debeat uxor quae habenda est i. e. si viro casta, si desponsata in virginitate, si dotata legitime et a parentibus tradita, et a sponso et paranympis eius accipienda. Ita secundum legem et evangelium publicis nuptiis honeste in coniugium legitime sumenda est*“.

Diese Stelle wird von Benedict wiederholt⁴ und in III, 395 so wiedergegeben: *Si quis uxorem habere voluerit, canonice et legaliter eam accipiat*.

Benedict, der deutsche Verhältnisse im Auge hat, versteht aber *desponsatio*, *dotatio* und *publicae nuptiae* im deutsch-rechtlichen Sinne,⁵ abweichend von seiner Quelle, der *Decretale Leo's*.⁶ Man kann dies besser so ausdrücken: Benedict wendet diese päpstliche Entscheidung auf die ihm vorliegenden Verhältnisse an. Er befindet sich hierbei in vollster Uebereinstimmung mit anderen kirchlichen Schriftstellern, z. B. Hincmar.⁷ Die fränkische Kirche musste erfreut sein, dass das reguläre deutsche Eheschliessungsrecht scheinbar dieselben drei Momente enthielt, welche die von jeher in der Kirche so hoch gehaltene Entscheidung Leo's als Erfordernisse einer „dem Evangelium entsprechenden“ Eheschliessung bezeichnet hatte. Dass *Desponsation* und *Dotation* im römischen und deutschen Rechte verschiedene juristische Bedeutung hatten, dafür besaßen diese kirchlichen Autoren kein Verständniss. Ein Erfassen dieses Unterschiedes konnte ihnen ja auch bei dem verfolgten Zwecke gleich-

S. 210); vgl. ferner Regino, II. c. 5 Nr. 27; der letzteren Stelle ähnlich Burchard, *Decret.* 1, 94. interrog. 27. — Es möge hier nebenbei bemerkt werden, dass die Kirche auf die Ausführung eingegangener Verlöbnisse eingewirkt hat, wie sie ja jedes Band als ein festes zu betrachten geneigt war. So erklären sich die Sendfragen, welche Regino, II. c. 5 Nr. 26 und Burchard, *Decret.* 1, 94 interrog. 26 mittheilen.

¹ c. 4 C. 30 q. 5. ep. 167 ad Rusticum ed. Ballerini I, 1422) inq. 4 resp.

² „*Dotata*“ bedeutet bei Leo, wie Scherer, a. a. O. S. 12 richtig bemerkt, dass „die von irgendwem bestellte des ein Beweis des Vorhandenseins einer Ehe sei“. Vgl. hierzu noch Hieronymus, *Ad Oceanum: Uxori tabulis et iure dotali opus est, quibus concubinae sunt destitutae*; Augustin., *De genesi ad literam*. lib. 12 c. 41.

³ Diese Stelle lehnt sich an Leo an, wenn sie auch Augustin zugeschrieben wird. Diese Verwechslung ist bekanntlich eine sehr häufige.

⁴ III, 179. 463.

⁵ Vgl. Scherer, a. a. O. S. 11 ff.

⁶ III, 105.

⁷ Vgl. unten S. 41.

gültig sein. Galt es doch nur, die normale deutsche Eheschliessungsform gegenüber der Raubehe durch Hinweis auf kirchliche Vorschriften zu sichern; einen Einfluss auf die normale Eheschliessung auszuüben, lag gar nicht in der Absicht der Kirche, weil, wie Hincmar hervorhebt, die Eheschliessung ein weltlicher Rechtsact ist und weltlichen Satzungen untersteht.¹

Wenn die Kirche also wünschte, dass sämtliche Handlungen, welche das Volksbewusstsein zur vollständigen Legitimität der Ehe verlangte, vorgenommen würden, so hat sie doch niemals formlos, durch blossen Consens geschlossene Verbindungen für ungültig gehalten. Wie es daher einerseits zu weit gegangen ist, zu behaupten, dass die Anerkennung der Ehe ohne mundium auf kirchlichen Einfluss zurückzuführen sei,² so ist es auch andererseits unrichtig zu sagen, dass erst mit dem zwölften Jahrhundert in der Kirche eine Bewegung entstanden sei, welche die Formen des Eheschliessungsconsenses beseitigte.³

III. Die Kirche verlangt nicht die copula zur Eheschliessung. Doch ist hier zunächst Folgendes zu bemerken. An die Desponsation, Dotation und Tradition (*publicae nuptiae*) in Verbindung mit Benediction⁴ wird die copula als sich anschliessend gedacht.⁵ Und da dies auch der regelmässige Verlauf der Dinge war, so mochte eine rein sinnliche Anschauung die copula als das Endziel der Tradition auffassen, und letztere gleichsam in der copula aufgehen lassen.

So erklären sich Stellen wie der bekannte c. 31 Concil. Tribur. (c. 31. C. 27 q. 2) und Aussprüche Hincmar's in dem Briefe an Rodulfus und Frotarius.⁶ Man sieht offenbar nur die beiden am meisten

¹ Vgl. unten S. 44. Vgl. auch Löning, a. a. O. 2, 603 ff.

² D. h. also ausschliesslich auf kirchlichen Einfluss; so Bluhme in Zeitschr. f. Rechtsgesch. 11, 381; Rosin, Formvorschriften für die Veräusserungsgeschäfte der Frauen im langobard. Recht. Breslau 1880. S. 41.

³ Sohm, Eheschliessung S. 147. — Vgl. Freisen, Archiv. 53, 104.

⁴ Statut. eccles. antiq. c. 101 (Bruns 1, 143 c. 13. c. ult. D. 23); Pseudo-Isidor Nr. 2 (Hinschius p. 87. c. 1 C. 30 q. 5); Benedict Lev. II, 130; Capit. missorum generale (802) c. 35. Boretius S. 98. — Gegen die Annahme der Einsegnung von Verlöbnissen vgl. Freisen, Archiv. 53, 80 ff. — Ueber das Verhältniss der priesterlichen Einsegnung zur Trauung vgl. Scherer, a. a. O. S. 22 ff. Vgl. auch Löning, a. a. O. 2, 603 ff.

⁵ Vgl. Hincmar, Ep. ad Rodulf. et Frotar. de nupt. Stephani c. 4 (Sirmond. 2, 652).

⁶ So erklärt sich vielleicht auch der bekannte Umstand, dass nubere oft mit commisceri gleichbedeutend gebraucht wird. Diese Terminologie beweist deshalb nichts für das Recht der Eheschliessung.

Uebrigens findet sich bisweilen auch coniungere im Sinne von commisceri, so Poenit. Theodor. II, 12 § 1 (Wassersch. S. 213); Poenit. Pseudom. 2 § 12 (Was -

in die Augen springenden Vorgänge: die Desponsation und die copula vor sich. In dem erwähnten Canon des Concils von Tribur bedeutete daher desponsata und nupta nicht etwa „Verlobte“ und „Verehelichte“, sondern „nicht erkannte Ehefrau“, und „erkannte Ehefrau“. In den Worten „coire non potuit“ liegt die Tradition und die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ausgesprochen; wie hätte denn überhaupt unter „Verlobten“ von constatirter Impotenz die Rede sein können? ¹

Aus diesen Stellen lässt sich daher kein Beweis erbringen, dass die copula von der Kirche zur Eheschliessung verlangt wurde. Wenn einmal die nach der Ansicht der Kirche zum Zustandekommen der legitimen Ehe erforderlichen Momente aufgezählt werden, so wird niemals die copula erwähnt; als eigentlichen Kern der Eheschliessung betrachtete die Kirche, wie bemerkt, den Consens.² Die Consequenzen dieser Ansicht zeigen sich darin, dass die Impotenz als Ehescheidungsgrund,

sersch. S. 366); Valicellum II. c. 31 (Wassersch. S. 561); Regino 1, 304 interrog. (ed. Wassersch. S. 145). In der Regel hat coniungere diese Bedeutung nicht, vgl. Capit. Dacher. c. 107 (Wassersch. S. 155); Canones Gregorii c. 73. 74 (Wassersch. S. 169); Poenit. Theodor. II, 12 § 27. 32 (Wassersch. S. 216); Conf. Pseudo-Egberti c. 20. 25. 55 (Wassersch. S. 309. 310 ff. 340); Poenit. Cummeani c. 3 § 30. 36 (Wassersch. S. 474. 475); Poenit. Pseudo-Theodor. c. 1 (16) § 33 (Wassersch. S. 576); Epistola Rabani ad Heribald. c. 29 = Regino 2, 243 (ed. Wassersch. S. 308) u. a. mehr. An zwei (allerdings nicht ganz deutlichen) Stellen wird habitare in dem Sinne von commisceri gebraucht: Capitulum Dacheriana c. 118 (Wassersch. S. 156); Poenit. Theodor. II, 12 § 34 (Wassersch. S. 216).

¹ Vgl. übrigens über eine ähnliche Bedeutung von desponsatio in kirchlichen Schriften Löning, a. a. O. 2, 601.

² Vgl. Poenit. Marten. c. 36. 37 (Wassersch. S. 290); Poenit. Pseudo-Theodor. c. 2 (17) § 9 (Wassersch. S. 577); Burchard. Correct. c. 43. 46 (Wassersch. S. 640. 644) verbunden mit Decret. 9, 2. 3. 6 u. a. mehr. — Wie würde sich auch die bekämpfte Ansicht mit Stellen wie Poenit. Pseudo-Egbert. c. 21 (Wassersch. S. 327) vereinigen lassen? — Eine einzige Ausnahme ist mir in den Bussbüchern aufgefallen, wo ein scheinbar rein thatsächliches Verhältniss — blosse copula — unter bestimmten Voraussetzungen als Ehe anerkannt wird. Aus der noch erforderlichen Zustimmung der Eltern sieht man aber, dass die Einwilligung der Parteien bereits in der copula gefunden wird. Dass diese Entscheidung aber eine ganz aussergewöhnliche ist, lehrt der erste Blick (Columban. c. 16. Wassersch. S. 357; Pseudo-Rom. c. 2 § 12. Wassersch. S. 366; Cummeani c. 3 § 27. Wassersch. S. 474). Noch muss auf Regino 2, 47 (Wassersch. S. 411) aufmerksam gemacht werden. Wenn Regino nach der Rubrik coniugium und concubitus zu identificiren scheint, so hat dies mit Rücksicht auf den Inhalt der Stelle (Concil. Paris. V. a. 615 c. 13) nur den Sinn, den Fehltritt der professae in ein grelleres Licht zu rücken.

nicht als Ehehinderniss behandelt wird: Die Ehe eines impotenten Mannes gilt daher als ein *legitimum matrimonium*.¹

IV. Erst die Annahme der neuen Sacramentstheorie in der fränkischen Kirche bildete den Ausgangspunct einer abweichenden Rechtsauffassung.² Diese Sacramentslehre führt direct auf Leo I. zurück.³ Während man vor der päpstlichen Entscheidung mit Rücksicht auf die Unauflöslichkeit der Ehe und die von Paullus behauptete Aehnlichkeit der Ehe mit der Verbindung Christi und der Kirche von einem Sacrament in nichttechnischem Sinne gesprochen und dasselbe keineswegs von der *copula* abhängig gemacht hatte,⁴ bildete sich seit Leo die Ansicht aus, dass die *copula* zum Zustandekommen des Sacraments erforderlich sei. Es lässt sich nicht nachweisen, wo und wann diese Sacramentslehre zum ersten Male sich gebildet hat. Als Thatsache kann man jedoch annehmen, dass der Ausspruch des Papstes Leo die juristische Grundlage für jene Formulirung geboten und so der *copula* eine Stellung eingeräumt hat, gegen welche die Kirchenväter, insbesondere Augustin angekämpft hatten und die bis in das zwölfte Jahrhundert auch von den römischen Bischöfen nicht anerkannt war. Im Frankenreiche finden wir vor Hincmar von Rheims keinen Vertreter dieser Sacramentslehre. So wird die Ehetrennung wegen Impotenz in kirchlichen Quellen niemals durch den Hinweis auf das fehlende Sacrament, sondern durch Quellenstellen gerechtfertigt, deren Ursprung zum Theil in dem römischen Novellenrechte liegt.⁵ Es war natürlich, dass ein hervorragender und weitblickender Vertreter kirchlicher Anschauungen die neue Sacramentslehre mit besonderem Interesse aufnehmen musste. Sie war nämlich geeignet, eine fest eingewurzelte Praxis der fränkischen Kirche mit anerkannten Grundsätzen der römischen Kirche in Einklang zu bringen; ich meine: die Auflösung der Ehe wegen Impotenz mit der Unauflösbarkeit. Dass in dieser Beziehung ein Widerspruch ob-

¹ Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 24 Anm. 1 u. 2, S. 23 Anm. 2. Vgl. auch Poenit. Theodor. II, 12 § 32 (Wassersch. S. 216); Poenit. Marten. c. 41 (Wassersch. S. 291); Poenit. Pseudo-Theodor. c. 1 (16) § 28 (Wassersch. S. 576); Benedict. II, 55. 91.

² Richtig: Hinschius, Krit. Vierteljahrschr. 9, 8.

³ Ep. 167 ad Rusticum (ed. Ballerini I, 1422) inq. 4.

⁴ Hahn, Die Lehre von den Sacramenten. Breslau 1864. S. 100 Anm. 100. Der Ausspruch Augustins, De bono coniugali lib. unus c. 15 (Migne 40, 374 ff.) scheint das Gegentheil zu beweisen; aber es ist mit Bezug auf die Ansichten Augustins über die Enthalttsamkeit bedenklich, „*copula*“ in dem Sinne von *copula carnalis* zu fassen. Vgl. auch sonstige Bemerkungen Augustins über das Sacrament der Ehe bei Hahn, a. a. O.; auch De civitate Dei XXII, 17 (Migne 41, 778).

⁵ Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 17 ff.

waltete, hatte man in der fränkischen Kirche längst empfunden¹ und daher auch der aus den angelsächsischen Bussbüchern entnommenen Bestimmung bisweilen einen begründenden Zusatz² gegeben.

Hincmar wendet hier zum ersten Male die neue Sacramentslehre an.

§ 8. Hincmar von Rheims und die Reception seiner Theorie in der fränkischen Kirche.

In dem Gutachten de nuptiis Stephani et filiae Regimundi comitis spricht sich Hincmar ausführlich darüber aus, wie seiner Ansicht nach die normale Eheschliessung³ beschaffen sein soll. Er schöpft hierbei lediglich aus den Aussprüchen der Päpste (insbesondere Leo's) und der doctores.⁴ Ganz unbekümmert darum, dass Leo in der bekannten Decretale zweifellos das römische Recht wiedergegeben hat, führt Hincmar als Erforderniss der Eheschliessung die in jener Decretale enthaltenen Eheschliessungsformen des römischen Rechtes auf. Wenn er überhaupt eine ordnungsgemäss zu Stande gekommene Ehe bezeichnen will, so gebraucht er den Ausdruck: *legaliter desponsata, dotata et publicis nuptiis honestata*. Diese Worte sind typisch und kommen wiederholt vor.⁵

¹ Vgl. Rabanus Maurus, Ep. ad Heribaldum episc. Antissiodorensis (Schannat und Hartzheim, Concil. Germ. II, 190 ff.) c. 29.

² So Benedict (II, 91. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 22 Anm. 5): *Eo quod iuxta apostolum non potuit illi reddere vir suus debitum*.

³ Vgl. auch Freisen, Archiv. 53, 92 ff.

⁴ Ad Rodulfum et Frotharium archiepiscopos, de nuptiis Stephani et filiae Regimundi Comitis c. 4 (Sirmond. 2, 651). *Et quoniam qualiter debeat iniri coniugium, et vetus et nova lex edocet, Domino per Moysem praecipiente, et evangelio demonstrante, cum esset, inquit, desponsata mater Jesu Maria Joseph antequam convenirent, id est, antequam nuptiali celebratione convenirent, sicut in nuptiis celebratis idem ostendit, quas sua praesentia sanctificare, et miraculo ibidem patrato illustrare dignatus est. Sed et sanctus Evaristus, quartus a beato Petro Romanae sedis episcopus, et sanctus Siricius et beatus Leo, atque ceteri quique doctores ostendunt, quae omnia hic ponere propter pluralitatem et longitudinem devitamus. Tantum dicere necessarium duximus, quia inter ingenuos et inter aequales legitima fiunt coniugia, cum a parentibus, quorum interest, petita et legaliter desponsata et dotata, et publicis nuptiis honorata . . .* (Fortsetzung s. unten). Vgl. auch dasselbe Capitel bei Sirmond. 2, 655 oben.

⁵ Vgl. ep. ad Rodulf. et Frothar. de nupt. Stephani. Einleitung. (Sirmond. 2, 649); c. 4 (Sirmond. 2, 652); c. 5 (Sirmond. 2, 657); c. 6 (Sirmond. 2, 659 u. 660); c. 8 (Sirmond. 2, 663); c. 9 (Sirmond. 2, 664). Ep. Conventui episcoporum, ad interrogationem Guntharii Archiepiscopi Coloniensis, de uxore Bosonis quae virum suum reliquerat (Sirmond. 2, 670); De divortio Lotharii interrog. 4 resp. (Sirmond. 1, 586) u. a. m.

Hieraus folgt zunächst: Hincmar wendet nicht deutsches Recht an, sondern das Recht der „canones“. ¹ Dieses ist aber, wie schon gezeigt, römisches Recht, und in der That nimmt Hincmar wiederholt auf römisches Recht Bezug, ja, er betrachtet dieses sogar als das „weltliche Recht“ im Gegensatze zum kirchlichen. Wenn er überhaupt dem weltlichen Rechte neben dem kirchlichen eine Stelle einräumt und seiner Erwähnung thut, so meint er in erster Linie das römische Recht. ¹

Dieses oben geschilderte Recht der canones wendet Hincmar aber auch auf reale Verhältnisse an. ² Die Ehe — das ist Hincmar's Ansicht — soll nach weltlichem und kirchlichem Rechte gültig, „legal“ eingegangen werden. ³ Wenn nun nach weiteren Aussprüchen Hincmar's das weltliche Recht nur so weit in Betracht kommen kann, als es nicht den Satzungen der canones widerstreitet, ⁴ so muss demnach bezüglich der Eheschliessung weltliches und kirchliches Recht übereinstimmen. ⁵

¹ Ep. ad Carolum Calvum regem, pro Hincmaro Laudunensi (Sirmond. 2, 326): *leges Romanae ac canones, sed et decreta sedis Romanae pontificum. De divortio Lotharii, interrog. 11 resp.: „... quod ecclesiasticae et Romanae prohibent leges“* (Sirm. 1, 625). Vgl. ferner ep. ad regem de coercendo et exstirpando raptu etc. c. 5 (Sirmond. 2, 228); c. 12 (Sirmond. 2, 234); c. 18 (Sirmond. 2, 239); De divortio Lotharii, interrog. 5 resp. (Sirmond. 1, 598); übereinstimmend mit ep. ad regem de coercendo etc. raptu c. 12); interrog. 12 resp. (Sirmond. 1, 627). Vgl. auch Sdralek, Hincmars von Rheims kanonistisches Gutachten über die Ehescheidung des Königs Lothar II. Freiburg 1881. S. 103. Das römische Recht wird in den kirchlichen Schriften überhaupt in den Vordergrund gestellt. Ganz natürlich; denn da „*ecclesia secundum legem Romanam vivit*“ (Regino 1, 418. Wasserschl. S. 190. lex Ripuaria 58, 1), so war ihr dies auch am geläufigsten; sie wendet es daher auch auf die Verhältnisse der Laien an. Schon Nikolaus nennt in einem Briefe an Karl den Kahlen (Mansi 15, 318. Jaffé 2872 [2174]) als Gegensatz zu kirchlichen Gesetzen die *leges Romanae* (Regino 2, 115. Wasserschl. S. 259). Es ist hier offenbar dasselbe, was Pseudo-Isidor (Hinschius S. 131) und Regino 2, 306 (Wasserschl. S. 333): „*humanae et divinae leges*“ nennen.

² Vgl. die Schriften: De divortio Lotharii (interrog. 4 resp.), De nuptiis Stephani (in der letzteren s. namentlich die Einleitung Sirmond. 2, 647 u. 649 oben) und Conventui episcoporum ... de uxore Bosonis (Sirmond. 2, 670).

³ Ad Nicolaum papam ..., de Balduini et Judith coniunctione (Sirmond. 2, 245); De divort. Lotharii interrog. 19 resp. (Sirmond. 1, 667); interrog. 12 resp. (Sirmond. 1, 632), interrog. 5 resp. (Sirmond. 1, 590. 593).

⁴ Vgl. Ad regem de coercendo etc. c. 12 (Sirmond. 2, 234); Ad Carolum Calvum pro Hincmaro Laudun. (Sirmond. 2, 326), verbunden mit Hincmaro Laudun. coepiscopo c. 3 i. f. (Sirmond. 2, 396). De divort. Lotharii interrog. 5 resp. (Sirmond. 1, 589 ff.) über die Concurrenz des weltlichen Ehescheidungsrechtes mit dem kirchlichen Satze der Unauflöslichkeit.

⁵ Vgl. auch De divort. Lotharii interrog. 19 resp. (Sirmond. 1, 667): „*si secundum leges christianas, forenses scilicet atque ecclesiasticas inventum fuerit, quod illa coniunctio legalis non fuit* ...“

Schon aus diesem Gesichtspuncte findet Hincmar einen Gegensatz zwischen dem geltenden deutschen Eheschliessungsrechte und den von den Päpsten und doctores gestellten Erfordernissen nicht heraus, falls er überhaupt ein Verständniss dafür besessen hätte. So wird die Eheschliessung des Stephanus auf jene kirchlichen Aussprüche hin geprüft und constatirt, dass sie, was *desponsatio*, *dotatio* und *publicae nuptiae* betrafen, denselben entsprächen.¹ Da somit Hincmar „*desponsatio*“, „*dotatio*“ und „*publicae nuptiae*“ verlangt — weil Leo dies ebenfalls thut — so kann er nur eine solche Ehe als legale behandeln, wo diese Handlungen vorgenommen sind, wo also nach deutschem Rechte das *mundium* erworben ist.² Es ergiebt sich also für Hincmar genau dasselbe Resultat, welches wir bezüglich der Stellungnahme der Kirche zum Eheschliessungsrechte oben im Allgemeinen constatirt haben.

Vereinzelt erwähnt Hincmar auch die *benedictio*,³ von der er uns selbst ein treffliches Beispiel überliefert hat;⁴ doch bedeutet sie ebensowenig, wie die anderen Momente, ein wesentliches Erforderniss für das Zustandekommen einer Ehe, sondern bloss ein solches für die „legale“ Ehe.⁵

Was insbesondere noch hervorgehoben werden mag, ist die strenge Unterscheidung von *sponsalia* und *matrimonium*. Hincmar trennt in dieser Beziehung scharf, wie das römische Recht.⁶ Vereinzelt wird allerdings der Ausdruck „*desponsata*“ für die in unvollzogener Verbindung Lebende gebraucht und in diesem Sinne im Gegensatz zu *coniux*. Aber hier ist regelmässig auf den Sprachgebrauch der heiligen Schrift Rücksicht genommen und handelt es sich stets um die Ehe Marias.⁷

¹ A. a. O. c. 4 (Sirmond. 2, 655): „Nunc cum his quae sancti doctores dicunt de nuptiis, conferamus Stephani nuptias: Quae nuptiae, licet inter ingenuos et inter aequales, paterno arbitrio desponsatione atque dotatione praecedente, fuerunt celebratae“

² Vgl. De nuptiis Stephani. Einleitung: „et si (sc. Regimundus) legaliter filiam suam alteri (sc. Stephano) nuptum tradidit, eam a sua potestate emisit, ...“ (Sirmond. 2, 647), verbunden mit der Darstellung der Eheschliessung, wie sie Stephanus giebt: „... filiam ... apud eum in coniugem legaliter petii et obtentam legaliter desponsavi“ (eod. Sirmond. 2, 648). Vgl. ferner De divortio Lotharii, interrog. 12 resp. (Sirmond. 1, 626 ff.)

³ Vgl. Ad regem de coercendo ... raptu etc. c. 5 (Sirmond. 2, 228); De nuptiis Stephani c. 11 (Sirmond. 2, 664).

⁴ Coronatio Judith. Caroli filiae, benedictio super reginam (Sirmond. 2, 246). Vgl. darüber Anm. 7.

⁵ So auch richtig Freisen, Archiv. 53, 84. 93. Vgl. auch De divortio Lotharii, interrog. 4 resp. (Sirmond. 1, 586 ff.).

⁶ Vgl. De nuptiis Stephani, Einleitung (Sirmond. 2, 648. unten 649) u. a. m.

⁷ Vgl. De nuptiis Stephani c. 9 (Sirmond. 2, 663. 664); Ad regem de coer-

Von einer Verallgemeinerung dieser Terminologie konnte schon deshalb bei Hincmar keine Rede sein, weil er erst, wie sofort zu erwähnen, mit der copula die Ehe beginnen lässt.

II. Bis hierher hätten wir also rein römisches Recht, welches nach Hincmar's Ansicht mit dem deutschen übereinstimmt. Bezüglich der copula führt aber Hincmar eine Neuerung ein. Mit jenen alten Eheschliessungsformen verbindet Hincmar die neue Sacramentstheorie. Zum besseren Verständniss muss hier weiter ausgeholt werden.

Hincmar ist ein energischer Verfechter der Unauflösbarkeit der Ehe.¹ Diesem Satze entsprach aber das geltende Recht keineswegs. Deshalb finden wir bei Hincmar so häufig die Betonung und Einschärfung jenes Satzes. So weit mochte Hincmar allerdings auch nicht gehen, dass er alle und jegliche Gründe der Ehetrennung aufgab. Dies musste namentlich bei Impotenz, welche Gregor II. als Ehescheidungsgrund anerkannt hatte, unmöglich erscheinen.² Da kam es denn darauf an, eine Uebereinstimmung zwischen der Unauflösbarkeit und dieser Ausnahme herbeizuführen, und hierzu war wiederum die neue Sacramentslehre sehr geeignet.

Für die Richtigkeit des Vorstehenden spricht folgender Umstand. In der Schrift de divortio Lotharii spricht Hincmar seine Ansicht über die copula nicht so deutlich aus,³ denn hier handelt es sich nicht um die Trennung einer unvollzogenen Ehe. In dem zweiten Gutachten⁴ ist dies dagegen der Fall und dient hier als Beweis die Lösung

ciendo ... raptu c. 6 (Sirmond. 2, 229). Beide Stellen handeln von der Ehe Marias, die überhaupt bei Hincmar — wie bei allen kirchlichen Schriftstellern — im Vordergrund des Interesses steht (vgl. noch z. B. De nuptiis Stephani c. 4. Sirmond. 2, 651; De divortio Lotharii interrog. 4 resp. Sirmond. 1, 586). — Aus diesem Grunde scheint mir die Trauungsformel Hincmars: „despondeo te — futuram coniugem“ mit directer Bezugnahme auf den Sprachgebrauch der Bibel gewählt zu sein, zumal auf verschiedene alttestamentliche Ehen hingewiesen wird. „Despondeo“ bedeutet hier nicht die „Verlobung“ im technischen Sinne, sondern etwa dasselbe wie der von Luther bezüglich der Ehe Marias gewählte Ausdruck „vertrauen“. Coniux im körperlichen Sinne wurde die Braut erst durch die copula. Dass Hincmar nach seiner Lehre noch besonders von futura coniux reden konnte, geht aus dem unten Auszuführenden hervor. — Zu dieser Trauungsformel vgl. Friedberg, Eheschl. S. 59 Anm. 1; Sohm, Eheschl. S. 162; Löning, a. a. O. II, 604; Scheerer, a. a. O. S. 24.

¹ De nuptiis Stephani c. 4 (Sirmond. 2, 653), c. 5 (Sirmond. 2, 659; namentlich De div. Lotharii interrog. 2 resp. (Sirmond. 1, 580); Sdrasek, a. a. O. S. 127.

² Hieraus mag sich auch die Erfindung einer Bestimmung des Liptinense — wobei Bonifaz erwähnt wird — erklären. Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 20. Vgl. auch Opusc. LV capitulorum c. 2 i. f. (Sirmond. 2, 359).

³ De divortio Lotharii, interrog. 4 (Sirmond. 1, 586 ff.).

⁴ De nuptiis Stephani.

der Ehe wegen Impotenz. Diese letztere musste aber in Einklang mit der Unauflösbarkeit der Ehe gebracht werden und das geschieht, indem die Impotenz zu einem Ehehinderniss gestempelt, d. h. also die copula als Bedingung für die Gültigkeit der Ehe hingestellt wird.¹ Das Thema probandum Hincmar's ist ein theologisch-dogmatisches: der Zeitpunkt des ehelichen Sacramentes und damit der Unauflösbarkeit der Ehe. Von der Eheschliessung handelt Hincmar in seinem Gutachten daher nur nebenbei, nur soweit, als dies zum Verständniss absolut erforderlich war. Ein allbekannter päpstlicher Ausspruch erscheint ihm in dieser Beziehung als vollkommen ausreichend;² hält er denselben doch mit dem deutschen Eheschliessungsrechte für übereinstimmend, und betrachtet er doch weiterhin die Eheschliessung als ein weltliches Geschäft, zu dessen Normirung nur der weltliche Gesetzgeber und Richter befugt sei;³ die Formen der Eheschliessung interessiren ihn daher nicht, wohl aber die Frage: wann für die Kirche die Ehe unauflöslich sei.⁴ Schon

¹ De nuptiis Lotharii c. 5 (Sirmond. 2, 656 ff.). De quibus ita sacri definiunt canones: Sane quibus coniunctio illicita interdicitur habebunt ineundi melioris coniugii libertatem. Et in Synodo apud Liptinas habita, cui sub Karlomanno principe Georgius Episcopus, et Ioannes Sacellarius, ac sanctus Bonifacius, ex praecepto Zachariae Papae praesederunt, legitur, ut si vir mulieri desponsatae, dotatae, ac publicis nuptiis ductae, secundum Apostolum debitum coniugale non potuerit reddere, et hoc aut amborum confessione, aut certa qualibet adprobatione fuerit manifestum, ut separentur, et mulier, si continere nequiverit, alteri viro legaliter nubat. Videlicet, quia secundum diffinitionem sancti Leonis Papae, et traditionem doctorum superius demonstratam, dubium non est, eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua coniunctione sexuum non docetur Christi et Ecclesiae sacramentum, hoc est nuptiale fuisse mysterium. Multo magis autem huiusmodi, de quo agitur, separato coniugio, aliam legaliter adire licebit copulam, cui concubitum non contradixit impotentia carnis, sed reverentia mentis.

² Daher das Zurückweisen aller Weitläufigkeiten in dieser Frage: Sed et sanctus Evaristus, quartus a beato Petro Romane sedis episcopus et sanctus Siricius et beatus Leo atque ceteri quique doctores ostendunt, quae omnia hic ponere propter pluralitatem et longitudinem devitamus (De nuptiis Stephani c. 4. Sirmond. 2, 651).

³ Vgl. Ad Nicolaum papam ... de Balduini et Judith. coniunctione (Sirmond. 2, 245 ff.): ... ut iuxta ecclesiasticam traditionem prius ecclesiae quam laeserant, satisfacerent et sic demum quod praecipunt iura legum mundialium exequi procurarent Sicque nihil nobis de ecclesiastico ministerio eis interdicerentibus, sed tamen quod volumus nostram praesentiam ab hoc negotio subducentibus, Balduinus et Judith iura legum saecularium quae elegerunt exequi studuerunt. Dominus etiam noster rex, filius vester, huic desponsationi et coniunctioni interesse non voluit: sed missis publicae rei ministris, sicut vobis promisit, secundum leges saeculi eos uxoria coniunctione adinvicem copulari permisit Vgl. auch folgende Anmerkung.

⁴ Man vgl. nur c. 4 des Briefes De nuptiis Stephani, wo den Erfordernissen

hieraus folgt, dass Hincmar das geltende deutsche Recht zur Auslegung der gerade gestellten Frage nicht anziehen konnte und wollte. Wie es sich hierbei von selbst versteht, ist seine Beweisführung lediglich dogmatischer Natur, sind seine Quellen Aussprüche des Papstes Leo und Augustins.

Die Deductionen Hincmar's sind kurz folgende: Jede wahre Ehe ist unlöslich, denn sie enthält ausser der Vereinigung der verschiedenen Geschlechter das Sacrament Christi und der Kirche.¹ Dieses entsteht, wenn die Ehegatten *una caro* werden, durch die erste eheliche *copula*. Folglich liegt erst mit der *copula* die sacramentale Ehe,² und da es nichtsacramentale Ehen nicht gibt, die Ehe überhaupt vor.³ Nur in diesem Sinne ist die *copula* für das Zustandekommen der Ehe erforderlich.

Dieses Resultat entwickelt Hincmar genau genommen nur aus dem missverstandenen Briefe des Papstes Leo;⁴ dessen Worte kehren aber in zahlreichen Variationen wieder und werden hierbei — offenbar um weitere Autoritäten anführen zu können — zum Theil auf Augustin zurückgeführt, trotzdem dieser es gerade gewesen ist, welcher gegen eine zu seiner Zeit aufgetretene, der Hincmar'schen ähnliche Ansicht

der Eheschliessung nur wenige Worte gewidmet werden und dann sofort unter Anknüpfung an die Leo-Stelle auf das Sacrament und die Löslichkeit der Ehe eingegangen wird. Eine gewisse Illustration hierzu giebt der bekannte Schlusssatz der Einleitung (Sirmond. 2, 649): *In quibus nihil de civili iudicio, cuius cognitores non debemus esse episcopi, ponere, sed quae ecclesiasticae definitioni noscuntur competere, quantum occurrit memoriae, breviter studui adnotare.*

¹ Vgl. z. B. *De nuptiis Stephani* c. 4 (Sirmond. 2, 652): *Quibus sententiis evidenter ostendit, quia tunc est vera legitimi coniugii copula quando inter ingenuos et inter aequales fit et paterno arbitrio viro mulier iuncta, legitime dotata, et publicis nuptiis honestata, sexuum commixtione coniungitur. Et tunc habent nuptiae in se Christi et ecclesiae sacramentum et tunc pertinere noscitur mulier illa ad matrimonium, in qua sexuum commixtione et nuptiale docetur fuisse mysterium.*

² *De nuptiis Stephani* c. 7 (Sirmond. 2, 659): „... propter talem desponsationem, dotationem, atque pro talibus nuptiis, sicut istae fuerunt, non esse coniugium, quibus deficit coniunctio sexuum ac cum proles spe fidei sacramentum ...“ Vgl. auch vorhergehende Note. So erklärt sich die Unterscheidung zwischen nuptiati und nupti in c. 12 *De nuptiis Stephani* (Sirmond. 2, 664).

³ Wegen desselben Resultates richtig: Freisen, Archiv. 53, 378; Meurer, im Histor. Jahrbuch Bd. 7 (1886) S. 113. — Nicht ganz zutreffend Schrörs, Hincmar, Erzbischof von Rheims. Freiburg 1884. S. 217.

⁴ Den er übrigens an einigen Stellen richtig citirt und interpretirt, so *De divort. Lotharii interrog.* 21 resp. (Sirmond. 1, 671); *De nupt. Stephani* (Sirmond. 2, 652). Es fehlt hier namentlich das charakteristische „non“ (vgl. unten S. 47) und statt *mysterium* steht nicht *ministerium*.

energisch angekämpft hat. Insbesondere sind zwei Stellen Hincmar's typisch geworden und werden in den folgenden Schriften (Ivo, Algerus, Lombardus, Gratian c. 16. 17 C. 27 q. 2) genau wiederholt. Es ist dies die verdorbene Entscheidung Leo's:

Unde cum societas nuptiarum ita ab initio sit instituta, ut praeter sexuum coniunctionem haberet in se Christi et ecclesiae sacramentum, dubium non est, eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur nuptiale non fuisse mysterium.

Und die Augustin zugeschriebene Stelle:

Nec pertinere poterit illa mulier ad matrimonium, cum qua docetur non fuisse commixtio sexuum.¹

III. Die Hincmar'schen Ausführungen sind also kurz dahin zusammenzufassen: Eheschliessung erfolgt durch copula, weil Ehe ohne Sacrament (und gleichzeitig Unauflösbarkeit) nicht denkbar; Eheschliessung und Sacrament können nicht auseinander fallen.

Als Consequenz ergibt sich der Satz, dass eine Verbindung, bei welcher alle sonstigen Requisite, wie sie der Papst verlangt, vorliegen, aber noch nicht das Sacrament, keine „Ehe“ ist, also gelöst werden kann.² Deshalb ist auch wegen Impotenz eine Auflösung und Neuverehelichung gestattet.³ Eine weitere wichtige Consequenz (die später den Hauptstreitpunkt der verschiedenen Ansichten abgegeben hat) zieht Hincmar noch nicht.

IV. Hincmar ist der wissenschaftliche Begründer der Copula-Theorie, denn wenn es schon an jedem directen Beweise für das Gegentheil fehlt, so zeigen auch die Ausführungen Hincmar's selbst, dass er sich auf Vorgänger nicht gestützt hat. Die Breite seiner Darstellung, die

¹ Vgl. u. a. De nuptiis Stephani c. 4. 5 (Sirmond. 2, 652. 657). Ueber weitere Umgestaltungen dieser Stelle s. S. 47.

² De nuptiis Stephani c. 5 (Sirmond. 2, 657): In copula vero coniugali, in qua desponsatione, dotatione, et nuptiarum sacramento, corporis scilicet unitate, Christi et ecclesiae docetur fuisse mysterium, nisi morte corporis intercedente, coniugii non poterit solutio fieri, sicut Evangelica et Apostolica testatur auctoritas, et omnium catholicorum doctorum chorus. De divortio Lotharii, interrog. 21 resp. (Sirmond. 1, 673): Semel autem initum connubium in civitate Dei nostri, ubi etiam ex prima duorum hominum copula quoddam sacramentum nuptiae gerunt, nullo modo potest, nisi alicuius eorum morte dissolvi. Vgl. ferner De nuptiis Stephani c. 4 (Sirmond. 2, 653), c. 8 (Sirmond. 2, 660. 663).

³ De nuptiis Stephani c. 4 (Sirmond. 2, 653 unten). Auch dieser Auflösungsgrund musste plausibel gemacht werden. Denn wie die Bemerkung Reginos a. a. O. 2, 107 (Wasserschleben S. 255) zu Compendiense c. 16 (Boretius S. 38) zeigt, war zwar jener Auflösungsgrund geltenden Rechtes, erregte aber doch anderen gewichtigen Autoritäten gegenüber, wie sie 2, 107 ff. zusammengestellt waren, Bedenken.

Wiederholung derselben Argumente,¹ vor allen Dingen derselben Quellenstellen, insbesondere auch der Umstand, dass er sich gegen den Vorwurf, allzu spitzfindig (argute)² verfahren zu sein,² schützen zu müssen glaubt, — alles dies beweist, dass Hincmar neue, jedenfalls aber noch nicht allgemein anerkannte Ideen vertritt.

Die Autorität Hincmar's aber, seine scheinbar treffende Beweisführung, deren Unrichtigkeit die kritiklose Zeit nicht zu erkennen vermochte, die Thatsache endlich, dass seine Theorie die Unauflöslichkeit der Ehe mit der Ehescheidung wegen Impotenz³ in Einklang brachte, mussten in Verbindung mit dem Umstande, dass jener Ausspruch des Papstes Leo sehr leicht in dem Hincmar'schen Sinne verstanden werden konnte⁴ und auch gar bald nach seinem Erlass so verstanden worden war, der Copula-Theorie Eingang in die fränkische Kirche verschaffen.

Und dies geschah denn auch in der That. Der Satz, dass erst durch die copula das Ehesacrament entstehe, wird im Frankenreiche allgemein recipirt.

Wenn Regino⁵ nach der Wasserschieben'schen Ausgabe die Stelle Leo's richtig zu verstehen scheint, so enthalten doch drei Handschriften das entscheidende Wort *ministerium* an Stelle des *mysterium*.⁶

Ivo,⁷ Algerus von Lüttich⁸ und Anselm von Laon⁹ sind deutliche Zeugen für diese Theorie.

Ja man ist sogar so weit gegangen durch Einschiebung eines „non“ zwischen „sexuum“ und „habeant in se“ den Sinn der Stelle der erwähnten Ansicht noch mehr anzupassen.¹⁰

¹ Vgl. De nupt. Stephani c. 4. 5. 7 (Sirmond. 2, 652. 657. 659); Conventui episcop. ... de uxore Bosonis (Sirmond. 2, 670).

² De nupt. Stephani c. 7 (Sirmond. 2, 658). Diese Vertheidigung gegen selbst gemachte Einwürfe ist sehr interessant und lehrreich.

³ Wie unvermittelt nehmen sich z. B. die Capitel, welche eine Ehescheidung wegen Impotenz gestatten, neben den streng die Unauflöslichkeit der Ehe betonenden Schriften aus (vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 29 ff.; ebenda Anm. 3 für Burchard von Worms).

⁴ Dies hat Petrus Lombardus ausdrücklich zugegeben. Sent. 4, 26 § 7 (Migne 192, 910). ⁵ 2, 186. ⁶ Ausgabe von Wasserschieben S. 284 Anm.

⁷ Pan. 6, 23.

⁸ Liber sent. c. 61 (Hüffer, Beiträge zur Geschichte der Quellen des Kirchenrechts. Münster 1862. S. 15). ⁹ Ad Matthaeum c. 5 (Migne 162, 1170 ff.).

¹⁰ Vgl. Ivo, Pann. 6, 23; Algerus von Lüttich, lib. sent. c. 61 (Hüffer, a. a. O. S. 15). — Vgl. auch Gratian c. 17 C. 27 q. 2. — Das Entscheidende bleibt aber stets die Verwechselung von *mysterium* mit *ministerium*; und sogar ohne diese konnte man, wie das Beispiel Hincmars beweist, Anhänger der Sacramentstheorie sein. Wenn daher auch nach Knitschky (Krit. Vierteljahrschr. 18, 420 Anm.) eine von ihm

Herrscht somit im Allgemeinen über die Sacramentstheorie Einverständniß, so doch nicht über deren Folgen für die Eheschliessung.

Man kann hier eine von der strengeren Richtung Hinemar's (ohne copula keine Ehe)² abweichende vermittelnde Richtung (ohne copula schon Ehe, aber noch keine sacramentale, unlösbare Ehe) unterscheiden.³ Da beide Ansichten einen gemeinsamen Grundgedanken haben, so tritt ein Gegensatz zwischen ihnen kaum hervor und Lombardus nennt sie deshalb in einem Athemzuge. Ueber die vermittelnde Ansicht s. das Nähere in § 10.

§ 9. Die Copula-Theorie Hinemar's im Widerspruche mit der Lehre der römischen Kirche.

Hinemar war durch die vorstehend entwickelte Lehre in Widerspruch gerathen mit dem in der römischen Kirche anerkannten Satze: *consensus, non copula facit nuptias*.

Wir haben bereits oben den Nachweis geliefert, dass dieser Grundsatz des römischen Rechts von jeher in der römischen Kirche gegolten hat und von ihr mit Energie widerstrebenden Ansichten gegenüber³ vertheidigt worden ist. Die von Hinemar und seinen Anhängern vertretene Meinung betonte wieder — wenn auch aus ganz abweichenden Motiven — den gegnerischen Standpunct. Und so ist es denn ganz natürlich, dass wir auch jetzt wieder ein ausdrückliches Zeugniß der römischen Kirche finden, welches — wie damals Augustin gegen Julianus Pelagius — jetzt den Satz des römischen Rechts gegenüber der Theorie Hinemar's und seiner Anhänger vertritt. Petrus Damiani⁴ ist es, den man zweifellos als einen berufenen Vertreter römisch-kirchlicher Anschauungen betrachten darf, ihn, den Alexander II. einmal „*oculum suum et immobile sedis Apostolicae firmamentum*“ genannt hat.

Damiani greift diese Theorie an ihrer Wurzel an, der unrichtigen

eingesehene Handschrift von Ivo's Pannormie das „non“ nicht enthält, so beweist dies noch nichts gegen die Copulatheorie; auch hier ist das Wort „ministerium“ vorhanden.

¹ Vgl. Ivo, Pannorm. VI, 23; Algerus, Liber. sent. c. 61.

² Auch diese Ansicht wird auf einen Ausspruch Augustins gestützt. Algerus, Liber. sent. c. 60 (Hüffer, a. a. O. S. 15).

³ Vgl. oben Augustin gegen Julianus Pelagius S. 27. Es ist deshalb als ein sonderbares Schicksal zu bezeichnen, dass gerade Augustin — durch unrichtige Citate, s. oben S. 45 — zur Begründung der Hinemar'schen Ansicht herhalten musste. — Inwieweit die Kirche dem deutschen Rechte gegenüber den Consens betont hat, vgl. oben S. 34 ff.

⁴ Vgl. Kleineremanns, Der heilige Petrus Damiani. Steyl 1882.

Interpretation der Leo-Stelle,¹ und beweist ausserdem an der Ehe Josefs und Marias,² dass der Satz „ohne concubitus keine Ehe“ nicht nur an und für sich unrichtig ist, sondern sogar mit den Satzungen des kirchlichen Rechtes im Widerspruche steht.³

Dass hierin zweifellos römisches Recht⁴ zu erblicken ist, haben wir oben gezeigt. Die Kirche gesteht dies auch offen zu. Wir finden zahlreiche römisch-rechtliche Bestimmungen, welche auf jenen Satz „consensus facit nuptias“ Rücksicht nehmen, in kirchlichen Rechtssammlungen, und zwar sowohl in solchen, welche bloss römisches Recht enthalten, als in solchen, die dem römischen Rechte einen besonderen Abschnitt widmen, als in solchen, die dasselbe in die übrigen Capitel inseriren. Wenn sich auch die prägnantesten l. 35 § 1. D. 35, 1 und l. 30 D. 50, 17 nur ganz vereinzelt⁵ vorfinden, so braucht man sich darüber nicht zu verwundern, da bekanntlich die Digesten in jenen Sammlungen am spärlichsten vertreten sind.

¹ Opusc. 41. De tempore celebrandi nuptias c. 1 (Migne 145, 661): Die Ehe ist auch ohne copula Sacrament, „quia aliud nuptiale mysterium, aliud carnale est sacrilegium. Quod enim canonice fit, sacramentum est.“ Hieraus folgt weiter, dass Damiani die Verbindung Marias und Josefs als unvollzogene „Ehe“ ansieht; c. 2 (Migne 145, 662): „Non te moveat, quod frequenter scriptura coniugem dicit; non virginitatis ereptio, sed coniugii testificatio, nuptiarum celebratio declaratur.“ Auch diese Stelle bietet einen Beweis für die von uns behauptete Bedeutung des Ausdrucks „desponsatio“ in den kirchlichen Quellen.

² L. cit. c. 2 (Migne 145, 662): „Cum ergo luce clarius constet, quia beata Dei genitrix virgo non nupsit et tamen iuxta scripturae sententiam absque dubio nuptias celebravit, quomodo dicitur, ubi concubitus defuit, nuptias dici non posse? Nos autem e diverso libere profitemur et concubitum posse sine nuptiis fieri et sine concubitu recte nuptias appellari. Sunt enim aliquando nuptiae caelibes, sunt quae dignae dicantur nuptiae virginales. In quibus videlicet sic uxor viro dotali foedere iungitur, ut praelato coelestis thalami desiderio carnali nullatenus misceatur...“

³ Eod. c. 3: „Constat ergo per haec quae superius comprehensa sunt, quia quisquis sine concubitu fieri posse nuptias denegat adversus Apostolum, per quem Christus loquitur, contumaciter pugnat.“ Sehr richtig bemerkt Damiani in c. 1 (Migne 145, 660): „Si enim iure in concubitu constare nuptiae perhibentur, quid est, quod sacri canones prohibent ut absque publicis nuptiis numquam matrimonium copuletur? Numquid hoc volunt, ut vir uxori publice misceatur.“ In c. 4 (Migne 145, 664) folgen dann einige realistische Beweise dafür, dass nuptiae und concubitus verschiedene Dinge seien.

⁴ Über die so häufige Anwendung des römischen Rechtes vgl. den streng kirchlichen Damiani in Opusc. 8, de parentelae gradibus (Migne 145, 191 ff.).

⁵ Caesaraugustana; Polycarp. (Hüffer, a. a. O. S. 91. 92). — Die Citate aus aus Coll. Caesaraug. und Coll. an. sec. XI. sind nach Savigny, Gesch. des r. Rechtes im Mittelalter. 2. Aufl. 2, 500 ff. und Theiner, Disquisitiones criticae. Romae 1836. S. 258 ff. gegeben. Wenn nichts besonderes hervorgehoben, finden sich die Citate bei beiden.

An einschlagenden Stellen des römischen Rechtes¹ finden sich — diese Zusammenstellung ist für unsere Zwecke wesentlich —

aus den Digesten: l. 7 pr. § 1 D. 23, 1.² l. 11 eod.;³ l. 13 eod.;⁴
l. 16. § 2 D. 23, 2;⁵ l. 30 D. 50, 17;⁶

aus dem Codex:

l. 26 C. 5, 4;⁷ l. 11 pr. C. 5, 17;⁸

aus Julian's Novellenauszug:

32, 3 (Just. Nov. 12, 4);⁹ 34, 4 (Just. Nov. 18, 4);¹⁰ 36, 2 (Just. Nov. 22, 4—9);¹¹ 36, 7 (Just. Nov. 22, 18);¹² 67, 1 (Just. Nov. 74 praef. c. 1 und 2);¹³ 115, 60 (Just. Nov. 123, 39).¹⁴

Dieses erdrückende Material bietet doch wohl den besten Beweis für die obige Behauptung, dass die Kirche auf das römische Recht zurückgegriffen hat, um ihren Standpunct über die Eheschliessung darzulegen. Denn, wenn auch alle jene Sammlungen bunt zusammengewürfeltes Material enthalten, so waren sie doch zum practischen Ge-

¹ Dass diese Quellen die bekannte römisch-rechtliche Ehedefinition adoptirten, braucht kaum erwähnt zu werden. Vgl. *lex romana canonice compta* (§ 1 J. 1, 9. Maassen, *Gesch. der Quellen des kanon. Rechtes*. Graz 1870. S. 889 ff.). Coll. Anselm. ded. (nach der von mir benutzten Abschrift des Cod. Bamb. P. I. 12 auf der Leipziger Universitätsbibliothek. *Capitula legis Rom.* 7 c. 91). Caesaraug.; Ivo, Decret. 8, 1. Pann. 6, 1. Algerus von Lüttich, *lib. sent.* (Hüffer, a. a. O. S. 5).

² Caesaraug.; Coll. an. sec. XI; die britische Sammlung (Ewald, *Die Papstbriefe der brit. Sammlung in Neues Archiv für ältere d. Geschichtskunde* 5, 274 ff. S. 570); Ivo, ep. 99 (Migne 162, 119), Decret. 8, 20. Pann. 6, 11.

³ Coll. Caesaraug.; Coll. an. sec. XI; Ivo, ep. 99.

⁴ Coll. Caesaraug.; Coll. an. sec. XI; Ivo, ep. 99. 176. 178, Decret. 16, 132. Pann. 6, 12.

⁵ Coll. an. sec. XI (Savigny); brit. Sammlung (Ewald, a. a. O. S. 570); Ivo, Decret. 13, 87; 16, 183.

⁶ Coll. Caesaraug. (nach Savigny), Polycarp. (Hüffer, a. a. O. S. 91. 92).

⁷ *Lex Rom. can. compta* (Maassen, *Gesch.* S. 889 ff.); Coll. Anselmo dedicata 7, 7; Burchard. 9, 18; Ivo, Decret. 8, 156. Pann. 6, 37; Polycarp. 6, 4. 8.

⁸ Coll. Caesaraug. (Nach Theiner auch Coll. an. sec. XI.)

⁹ Coll. Caesaraug. (Savigny); Coll. an. sec. XI; Ivo, Decret. 8, 34.

¹⁰ Coll. an. sec. XI.

¹¹ Bobienser Excerpte (Maassen, *Gesch.* S. 896); Ivo, Decret. 8, 81. (Nach Theiner auch Coll. Anselm. ded. 7, 76; Coll. Caesaraug. und Coll. an. sec. XI. Das Citat aus der Coll. Anselm. ded. ist nach der auf der Leipziger Universitätsbibliothek befindlichen Abschrift des Cod. Bamb. P. I. 12 unrichtig.)

¹² Coll. Caesaraug. (Savigny); Coll. an. sec. XI; Ivo, Decret. 8, 35; ep. 148. (Theiners Citat aus der Coll. Anselm. ded. 7, 10 trifft nicht zu.)

¹³ Coll. an. sec. XI; Ivo, Decret. 8, 36. 16, 141. Pann. 6, 52.

¹⁴ *Lex Rom. can. compt.* 156 (Maassen, *Gesch.* S. 891); coll. Anselmo ded. 6, 122. — Julian. 67, 3 (Just. Nov. 74, 4 § 1—3), 108, 3 (Just. Nov. 117, 3), 108, 4 (Just. Nov. 117, 4. 5) sind in den kanonischen Sammlungen nicht vertreten.

brauche bestimmt und haben zweifellos auf die kirchliche Rechtsbildung Einfluss ausgeübt. An dem Beispiele Ivo's werden wir dies unten zeigen.

Das römische Recht erbrachte zahlreiche Beweise gegen die Ansicht Hincmar's. Aber diese Beweise allein konnten den Kanonisten nicht genügen. Hincmar berief sich auf Aussprüche Augustin's und Leo's. So gewichtigen kirchlichen Autoritäten durfte man offenbar mit Satzungen weltlichen Rechtes allein nicht gegenüber treten: man hatte ebenfalls kirchliche Quellenbelege nöthig. Als solche wählte man:

Ambrosius, de institutione virginis c. 6.¹

Augustin, de nupt. et concupisc.² 1, 11.

Isidor, Ethymolog. 9, 7.³

Unten diesen dreien tritt die Originalstelle Augustins an Bedeutung etwas zurück. (Ebenso wird auch der bekannte und wiederholt angeführte Brief des Papstes Nikolaus in den Hintergrund gedrängt.) Die anderen Stellen werden den von Hincmar und seinen Anhängern citirten Aussprüchen Augustin's und Leo's gegenüber gestellt, und ebenso typisch, wie jene, gebraucht. Wenn später aus den entgegengesetzten Lagern der Ruf: „Hie copula, Hie Consensus“ erschallt, so ertönt auch gleichzeitig der Ruf nach den Gewährsmännern: „Hie Augustin und Leo“, „Hie Ambrosius und Isidor.“⁴

Die Wahl dieser Stellen liefert indirect dafür den Nachweis, dass man Belege für die ehewirkende Kraft des Consensus gegenüber der copula suchte, und zwar speciell noch mit Rücksicht auf die Ehe Marias.⁵ Diese Anwendung der Aussprüche des Ambrosius und Augustin entsprach auch ihrem eigentlichen Sinne: Betonung des römisch-rechtlichen Consensus als Eheschliessungsfactors gegenüber der copula für die Ehe Marias.

Dass man in den jetzt behandelten Quellen keinen anderen Sinn mit ihnen verband, zeigt ein flüchtiger Blick auf den Zusammenhang,⁶

¹ c. 5 C. 27 q. 2.

² c. 9 C. 27 q. 2.

³ c. 6 C. 27 q. 2. Diese letztere Stelle ist übrigens die vorstehend citirte Augustins, welche Isidor in sein Sammelwerk aufgenommen hat. Der Kürze halber wird „Isidor“ citirt, wie in den Schriften dieser Periode. Vgl. oben S. 28 Anm. 8.

⁴ Vgl. Coll. Caesaraug. X, 2, 5; Coll. III. part. III, 15, 2. 3 (ed. Friedberg zu c. 5. 6 C. 27 q. 2); Ivo, Decret. 8, 2. 3. Pann. 6, 14. 15. Namentlich aber vgl. Hugo von St. Victor und Petrus Lombardus (unten § 12 bzw. § 13); Gratian. c. 5. 6 (7 und 8 sind Palaeae), 9 C. 27 q. 2.

⁵ Dass diese dogmatische Frage auch hier im Vordergrund steht, lehrt der erste Blick in die einschlagenden Quellen. Vgl. auch gegen Ende dieses Capitels.

⁶ Ivo, Pann. 6, 12—15. Coll. Anselmi 10, 1 ff.

die Stellung neben den oben citirten Sätzen des römischen Rechtes, ferner die Behandlung dieser Stellen bei Hugo von St. Victor¹ und Lombardus,² und endlich ein Vergleich von Dictum § 1 vor c. 1 C. 27 q. 2 mit c. 6 C. 27. q. 2.³

Dass in jenen beiden Stellen mehrfach mit dem Worte *desponsatio* operirt wurde, hinderte diese Auffassung keineswegs. Man war sich bewusst, dass dieses Wort nur mit Rücksicht auf die Ehe Josefs und Marias angewandt worden und schon nach dem eigentlichen Sinne⁴ nur ein anderer Ausdruck für den *consensus nuptialis* des römischen Rechtes war. Keineswegs dachte man hierbei an einen Unterschied zwischen Verlobung und Trauung; denn man trennte in durchaus römisch-rechtlicher Weise *sponsalia* und *nuptiae*.⁵

Als weiteren Beleg für das Vorstehende will ich c. 123 der interessanten Schrift Abälard's „*Sic et non*“ anführen. Dieses Capitel handelt von der Frage „*Quod coniugium fuerit inter Mariam et Josephum et contra*“. Als Beweis für die Bejahung dienen vor allen Dingen die Stellen des Ambrosius und Isidor, als Beweis für das Gegentheil die corrumpirte Entscheidung Leo's. Und wenn hier im ersten Theile lediglich von *desponsata*, *desponsatio* die Rede ist, so bedeutet dies den Eheconsens im Gegensatze zur *copula*; deshalb heisst es an einer anderen Stelle⁶ geradezu: „*Non enim desponsari vel matrimonium contrahi nisi pari duorum consensu potest; nec aliter ipsa coniux vel uxor Joseph vocaretur ab evangelistis*.“ Auch aus weiteren Ausprüchen geht die Richtigkeit dieser Auslegung zur Evidenz hervor.⁷ Nur die Frage, ob eine Ehe auch ohne

¹ Vgl. unten.

² Lombardus (Sent. 4, 27 § 4. Migne 192, 911) beginnt daher die Zusammenstellung dieser Citate mit den Worten: „*Quod autem consensus matrimonium faciat, subditis probatur testimoniis*.“

³ Das dict. lautet: *Hos autem coniuges esse, et ex diffinitione coniugii et auctoritate multorum facile probatur. Sunt enim nuptiae sive matrimonium viri mulierisque coniunctio, individuum vitae consuetudinem retinens. Inter hos autem fuit coniunctio, quae individuum vitae consuetudinem exigebat. Fuit enim inter eos consensus, qui est efficiens causa matrimonii, iuxta illud Isidori „Consensus facit nuptias“.* (Gemeint ist c. 6 C. 27 q. 2: *Coniuges verius appellantur a prima desponsationis fide etc.*) ⁴ Vgl. oben S. 27.

⁵ Abgesehen von den vielen Stellen des römischen Rechtes, die hier einschlagen, z. B. l. 7. 11 D. 23, 1, l. 26 C. 5, 4 u. s. w. ist auf den bekannten Brief des Papstes Nikolaus (Ad consulta Bulgaror.) hinzuweisen, der in viele Sammlungen aufgenommen ist. Und dass solche Stellen auch auf die Rechtsbildung eingewirkt haben, zeigt das Beispiel Ivos (vgl. ep. 183. 148 u. a. m.).

⁶ Sermo 1 (Migne 178, 381).

⁷ *Sic et non* c. 63 (Migne 178, 1432 ff.): „... neque enim quia concubitus non

concubitus bestehen könne, interessirt Abälard; alle weiteren Fragen des Eheschliessungsrechtes sind ihm gleichgültig; deshalb fassen auch seine Ansichten über Eheschliessung auf den einfachsten Begriffen des römischen Rechtes. Diese sind ihm bekannt; deutlich wird daher zwischen sponsalia und matrimonium unterschieden.¹ Die Aussprüche des Ambrosius und Isidor sind bloss kirchliche Beweisstellen.²

§ 10. Fortsetzung. Die Vermittelung der Theorie Hincmars mit den Grundsätzen der römischen Kirche. Consensu initiatur = desponsatione initiatur matrimonium.

I. So hatte man denn gegenüber der weitgehenden Hincmar'schen Ansicht die eheschliessende Wirkung des Consensus betont und bewiesen. Dies mochte für die römische Kirche — vgl. Damiani — genügen, nicht dagegen für die französische. Hier bestand eine Ehetrennung wegen Impotenz,³ die bei einer ausschliesslichen Betonung des Eheconsensus ungerechtfertigt erschien, dort nicht.⁴ Ausserdem war hier die Sacramentslehre doch so fest eingewurzelt, dass man sie nicht einfach über Bord werfen konnte. So entstand denn jene vermittelnde Theorie, welche in dem Satze ihren Ausdruck findet: Consensu coniugium initiatur, copula perficitur. Der Consens bewirkt die Ehe, die copula das Sacrament.

Diese Theorie, welche scheinbar der Forderung der römischen Kirche entgegenkam, andererseits aber alten fränkischen Anschauungen und Rechtssätzen genügte, musste allgemeinen Anklang finden. Sie lag auch so nahe, dass man auf dieselbe unwillkürlich verfallen musste.

permistus, ideo non maritus, cum ipse Matthaëus narret ab angelo Mariam ipsius Ioseph coniugem appellatam. Item: Cogitare enim debemus fieri potuisse ut et Ioseph maritus Mariae diceretur, habens eam coniugem non concubitu sed affectu.

¹ Epitome theologiae christianae c. 31 (ed. Rheinwald. Berolin. 1835. S. 92): Coniugium est maris et feminae foederatio, propter quam licet eis sine culpa commisceri. Foederatio vero alia est de coniugio contrahendo, ut est, quando promittit quod eam accipiat sibi uxorem, alia coniugii, ut, quando dicit: Trado me tibi ad usum carnis meae, ita ut, quamdiu vixeris, non me alii coniungam. Et haec foederatio apprimè facit coniugium.

² Vgl. auch Lombardus, Sent. 4, 27 § 4 (Migne 192, 911).

³ Sonderbar genug nimmt sich das Ehehinderniss der Impotenz bei Abälard (Epitome Theol. Christian. c. 31) aus gegenüber seinen sonstigen Ansichten, welche gegen jede Bedeutung der copula gerichtet sind. Abaelard scheint dies auch zu empfinden. Vgl. die bei Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 44 mitgetheilte Stelle.

⁴ Deshalb stehen die Entrüstungsworte des päpstlichen Legaten Damiani über die von Heinrich IV. beabsichtigte Ehetrennung (auf Grund Impotenz) durchaus im Einklange mit seinen oben dargestellten Grundsätzen über die Bedeutung der copula. Vgl. Schannat und Hartzheim, a. a. O. 3, 153 (1069).

Nahm man in die Sammlungen einestheils die Aussprüche über die ehewirkende Kraft des Consensus auf und andererseits die missverstandenen Citate aus dem Briefe Leo's, so hatte man jene Theorie eigentlich schon stillschweigend adoptirt.¹

Wir besitzen aber auch directe Zeugnisse für die vermittelnde Theorie. Der c. 60 des *liber sententiarum* Algers von Lüttich lautet: „Non est perfectum coniugium ubi non sequitur commixtio sexuum.“ Hierauf folgt die vielleicht aus Ivo's *Pannormie* (6, 23) entnommene Leo-Stelle. Es ist mir unzweifelhaft, dass c. 60 die zwischen den vorhergegangenen Stellen über die Bedeutung des Consensus und der Leo-Stelle vermittelnde Ansicht Algers enthält, welche kurzweg Augustin untergeschoben wird.³

Ebenso finden wir directe Belege in den Schriften des Anselm von Laon. Erst mit der copula ist die Ehe vollkommen, die Ehe eines frigidus ist ein „non perfectum coniugium“ und darum lösbar.⁴

Die Ausführungen Hugo's von St. Victor und Petrus Lombardus bezeugen die Wichtigkeit dieser Theorie.

II. Wir hatten im Vorstehenden gesehen, dass die beiden Stellen des Ambrosius und Isidor lediglich zum Beweise für die ehewirkende Kraft des Consensus angeführt worden waren.⁵ Bei der Kritiklosigkeit jener Zeit kann es uns nicht befremden, wenn ihr Wortlaut Verwirrung anrichtet. In beiden Stellen kam aus den oben gedachten Gründen der Ausdruck „desponsatio“ vor. So war es denn denkbar,

¹ Dies ist der Fall z. B. bei Ivo, *Pann.* 6, 12. 14. 15. 16. verbunden mit c. 23, *Alger. v. Lüttich, liber sentent.* (Hüffer, a. a. O. S. 5 verbunden mit S. 14 ff.).

² S. Hüffer, a. a. O. S. 15. Vgl. dazu Sehling, *Geschlechtsgemeinschaft* S. 44 Anm. 2.

³ Es ist hier derselbe Gedanke ausgesprochen, welchem Gratian in *dict.* nach c. 39 C. 27 q. 2 i. pr. folgenden Ausdruck giebt: „Juxta hanc distinctionem intelligenda est auctoritas illa Augustini: Non dubium est, illam mulierem non pertinere ad matrimonium, cum qua docetur non fuisse commixtio sexus. Ad matrimonium perfectum subintelligendum est, tale videlicet quod habeat in se Christi et ecclesiae sacramentum. Ita et illud Leonis Papae intelligendum est.“

⁴ *Enarrationes in Matth.* c. 5 (Migne 162, 1298 ff.): ... Si enim ipsa ruperit legem coniugii, potest eam homo a se separare, ut commistionem illam auferat sibi, quam violavit. Sed tamen sacramentum coniugii remanet, ut non aliam ducat Si frigidae naturae est vir, non perfectum est coniugium, dimittat ipsa eum et nubat alteri. *Eod.* c. 19 (Migne 162, 1411): ... Itaque quia unum facit carnalis coniunctio, iam non sunt duo, sed una caro quod facit coniunctio carnalis. ... Postquam enim mulier, quae est viro iuncta et una erat in carnali copula, ... non amittit quidem vinculum coniugii ...

⁵ Vgl. auch Ivo, *ep.* 99 (Migne 162, 118 ff.), *ep.* 134 (Migne 162, 143 ff.), *ep.* 148 (Migne 162, 155 ff.), *ep.* 242 (Migne 162, 250), *ep.* 243 (Migne 162, 251), *ep.* 246 (Migne 162, 253).

dass man bei dem Gewichte, welches auf diese beiden Stellen gelegt wurde, auch mit ihren Ausdrücken, insbesondere mit „desponsatio“ operirte, worunter der eheliche Consens zu verstehen war; und es war, wenn man an Stelle des Wortes „consensus“ „desponsatio“ setzte, die Theorie von dem desponsatione initiatum und copula perfectum matrimonium gefunden, eine Theorie, die auch noch durch den Wortlaut der Ambrosius-Stelle Unterstützung fand.¹ Wenn man daneben noch die sponsalia des römischen Rechts — denn von deutschen Verlöbnissen ist in diesen Quellen niemals die Rede — aufrecht erhielt, so hatte man eine „desponsatio“, die auf die gegenwärtige Eheschliessung, und sponsalia, die auf die zukünftige gingen. Ganz wie im römischen Rechte, nur dass man hier für „desponsatio“ andere Redewendungen kannte. Genau genommen hatte man dann also schon die Unterscheidung zweier Arten von desponsationes — die mit dem römischen Rechte bis auf den Ausdruck übereinstimmten. Zu dieser Terminologie trug, abgesehen von dem Wortlaute jener Stellen, vor allen Dingen der Umstand bei, dass das Verhältniss zwischen Josef und Maria in der Bibel ein „Verlöbniß“ genannt wird, während auf der anderen Seite von den kirchlichen Schriftstellern nachgewiesen werden sollte, dass Josef und Maria in der Ehe gelebt hätten.² Gerade mit Rücksicht auf die Ehe Josefs waren ja jene beiden Stellen entstanden, gebrauchten Ivo,³ Damiani,⁴ Anselm von Laon,⁵ Abälard,⁶ Hugo,⁷ Gratian⁸ u. s. w. den Ausdruck desponsata, sponsa für die in unvollzogener Ehe Lebende.⁹ Wie naheliegend das Wort desponsatio auch für die Schriftsteller war, die nur mit historisch-überlieferten Quellen rein kirchlicher Natur operirten, so blieben sie sich doch stets bewusst, dass es eigentlich nur ein Ausdruck für den consensus nuptialis war. Allerdings hat diese Terminologie bereits bei Ivo eine gewisse Verwirrung angerichtet.

Wie schon die Pannormie zeigt, hat sich nämlich Ivo verleiten lassen, in dem über die Ehe handelnden Titel an Ambrosius und Isidor Citate anzureihen, die von echten Verlöbnissen im Sinne des römischen Rechtes handelten, und auch in seinen Briefen ereignet es sich wohl,

¹ Cum initiatum coniugium etc., vgl. c. 5 C. 27 q. 2.

² Schon Hincmar spricht einmal (Ad regem de coercendo ... raptu. Sirmond. 2, 229) mit Rücksicht auf die Ehe Marias (desponsata) von foedus et vinculum nuptiarum initiatum. ³ Vgl. ep. 246. ⁴ Vgl. oben S. 49.

⁵ In Matthaeum c. 1 (Migne 162, 1250). ⁶ Vgl. oben S. 52.

⁷ Vgl. unten S. 67 ff. ⁸ Vgl. unten S. 83.

⁹ Vgl. auch Coll. des Anselm. von Lucca 11, 93 (vgl. S. 57 Anm. 1); Polycarp. 6, 4 c. 74 (Hüffer, a. a. O. S. 138).

dass er sponsalia und coniugium, die er im Uebrigen in der Regel streng unterscheidet,¹ im Eifer der Beweisführung durcheinander wirft. Das Streben, Beweisstellen für die Wirkung des Consensus aufzubringen, reisst ihn mit sich fort und so kommt es denn, dass er in ep. 99 die desponsatio als consensus maritalis betrachtet, ja in ep. 246 sogar von der desponsatio an die Unauflöslichkeit der Ehe datirt. In ep. 99 folgt dieser Ausspruch unmittelbar auf die bekannten Eheconsens-Stellen des Papstes Nikolaus und des römischen Rechtes,² woran sich der Satz reiht: *Postquam vero sponsalia utriusque personae consensu contracta sunt, coniugii nomen acceperunt.* Hierauf dann der Beweis: *Unde dicit Ambrosius ad exhortationem virginittatis libro primo, desponsata virgo coniugis nomen accipit.* Es schliesst sich an der bekannte Ausspruch Augustin's, wie er sich in *de nupt. et concupisc.* 1, 11 und bei Isidor vorfindet. Aus diesen Vordersätzen ergibt sich: „quia postquam per desponsationis foedus inter duas personas ex maiori parte fuerit coniugium ex utrorumque voluntate compactum, non potest alterius frater uxorem fratris ducere.“³

Dass man es hier lediglich mit dogmatischen Reflexionen zu thun hat, untersteht keinem Zweifel. Der Ausdruck „sponsalia“ soll an dieser Stelle nicht Verlobung im deutschen oder römischen Sinne bedeuten, sondern eben die kanonische desponsatio, d. h. den römisch-rechtlichen Consens im Gegensatze zur copula.⁴

Dass Ivo trotz alledem klar zwischen sponsalia und matrimonium im römischen Sinne unterscheidet, haben wir bereits gesehen. So lässt sich denn hier schon der Unterschied von desponsatio und sponsalia, d. h. von zwei verschiedenen desponsationes in den Grundzügen erkennen.

Um diese Unterscheidung zu der Distinction zu erheben, welche wir unter dem Namen sponsalia de praesenti und de futuro kennen,

¹ Vgl. ep. 99 i. pr. (Migne 162, 118).

² Nämlich l. 7 § 1. l. 13. 14 D. 23, 1.

³ Es folgt dann der bekannte Canon des Concils von Tribur, welcher von der Ehe eines Impotenten handelt. (Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 24 Anm. 2).

⁴ Aehnlich ist der Inhalt des ep. 246. Der leitende Gedanke hat hier folgenden Ausdruck erhalten: *Sinegundis quippe soror huius iuenculae quam nunc habet praetaxatus Petrus in coniugium, uxor fuit eiusdem Petri non solum legitime desponsata, sed etiam sacerdotali benedictione coniuncta. Qued si obicitis non fuisse carnale commercium, ex auctoritate Patrum respondeo, quia coniugium ex eo insolubile est, ex quo pactum coniugale firmatum est. Unde beato Ioseph ab angelo dicitur: Noli timere etc. Unde Ambrosius etc. Item Isidorus etc. Stets dasselbe Thema, stets dieselben Beweise!*

bedurfte es noch einer Umgestaltung der Lehre von der Unauflösbarkeit der Ehe, der Sacramentstheorie. Die copula musste hier ganz zurückgedrängt werden. Ivo nimmt dazu, wie unten zu zeigen, einen Anlauf.

§ 11. Die Consequenzen der Hincmar'schen und der vermittelnden Theorie als Gründe einer Reaction.

I. Die im vorstehenden Paragraphen entwickelte Lehre vom consensu oder desponsatione initiatum, copula perfectum matrimonium ist in der ecclesia gallicana die vorherrschende geworden; sie hat ihren Eroberungszug auch nach Oberitalien ausgedehnt, wo sie endlich in der Bologneser Rechtsschule ihren festesten Rückhalt gewann. Wie frühzeitig dieselbe schon in Italien Eingang gefunden haben muss, beweist der Umstand, dass die Anfrage, welche Petrus Damiani zur Entwicklung seiner Ansichten über den Einfluss der copula veranlasst hat, aus Faenza stammt, beweist ferner ein Blick auf die Sammlung des Anselm von Lucca.¹

Es war diese Theorie gegenüber der weitergehenden Hincmar'schen ganz in den Vordergrund getreten, obwohl auch diese noch erwähnt wird.² Genau betrachtet liefen beide Ansichten in den Resultaten zusammen, nur die Begründung der letzteren war eine verschiedene.

Ein Beispiel wird dies klar machen. Die Auflösung der Ehe wegen Impotenz musste nach beiden Theorien erfolgen; aber bei Hincmar erschien die Impotenz als Ehehinderniss, weil vor der copula überhaupt keine Ehe, nach der vermittelnden Theorie war sie Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe, weil die Ehe vor der copula, wenn schon Ehe, doch keine sacramentale, keine unlösbare Ehe war. Beide Theorien gipfeln in dem Satze, dass eine Verbindung zweier Personen vor der copula noch lösbar ist, nur die Begründung des Resultats ist eine abweichende.

Da diese feine juristische Unterscheidung aber an den Thatfachen

¹ Lib. 10 de coniugiis (ich berichte nach der auf der Leipziger Universitätsbibliothek befindlichen Abschrift des Cod. Paris. Vgl. Friedberg, Ausg. des Decret. Grat. p. L. Anm.) beginnt mit dem Satze: quod pactio coniugalis coniugium facit; es folgt die bekannte Stelle des Ambrosius und ein Theil des Leo-Briefes; hierauf die mehrerwähnte Pseudo-Isidor-Stelle (c. 1 C. 30 q. 5), sodann der Leo-Brief (c. 4 C. 30 q. 5). In c. 13 wird der Wirkung der copula mit folgenden Worten gedacht: Eiusdem in eodem (nämlich Augustin. de bono coniugali. c. 15. Migne 40, 385) ... Semel autem initum coniugium in civitate Dei, ubi etiam ex prima duorum hominum copula quoddam sacramentum nuptiae gerunt, nullo modo potest nisi alicuius eorum morte dissolvi. Hier haben wir unzweifelhaft die Lehre vom consensu initiatum, copula perfectum coniugium; erst mit der copula beginnt die Unauflöslichkeit.

² Vgl. unten bei Lombardus.

nichts änderte, so wurden jene beiden Ansichten wiederholt neben einander genannt,¹ trotzdem die vermittelnde Ansicht, wie bereits hervorgehoben, die vorherrschende war.

Nachdem das Princip einmal anerkannt war, verblieb es natürlich auch nicht bei der einen Consequenz, der Eheauflösung durch Impotenz. Wir finden gar bald weitere Auflösungsgründe genannt, so die religio. Auch diesen Auflösungsgrund konnte man mit Rücksicht auf päpstliche Entscheidungen, wie Gregors I.,² trefflich in das System einfügen.

Die wichtigste Consequenz des Principis wurde aber die Auflösung durch eine nachfolgende vollzogene Ehe. Wenn die Frage auftauchte, ob im Concurrenzfalle die vollzogene oder unvollzogene Ehe den Vorzug verdiene, so konnte die Antwort nur zu Gunsten der sacramentalen Ehe ausfallen. Denn nach der strengeren Richtung war die unvollzogene Verbindung überhaupt noch keine Ehe, nach der vermittelnden Ansicht eine noch lösbare, die consummirte Ehe eine unlösbare. Dieser Satz lässt sich zwar aus Schriften vor Hugo von St. Victor nicht direct belegen, seine Geltung in der französischen Kirche schon für diese Periode folgt aber aus dem Umstande, dass Hugo von St. Victor ausdrücklich auf ihn Bezug nimmt. Später wurde er ein in der Theorie ganz allgemein verbreiteter Grundsatz.³ Practisch wichtig wurde er wegen der formlosen Eheschliessungen.⁴

Impotenz, votum und nachfolgende vollzogene Ehe waren die drei wesentlichsten Auflösungsgründe der unvollzogenen Ehe; ihre Zahl wuchs später bis auf sieben.⁵

II. Aber gerade diese Consequenzen waren die Ursache einer Reaction. Man hätte glauben sollen, dass die römische Kirche, die z. B. nach wie vor wegen Impotenz nicht trennte,⁶ und von einer die Unauflösbarkeit der Ehe bedingenden Wirkung der copula nichts wusste, eingegriffen hätte. Dies ist aber nicht der Fall gewesen. Die Reaction ging von der französischen Kirche selbst aus.

Als unscheinbaren Beginn derselben lassen sich die Schriften des Abälard betrachten.

¹ Vgl. Lombardus, Sent. 4, 27 (Migne 192, 910).

² Jaffé 1817 (1395) und 1820 (1400). — Diese Stellen stehen daher bei Anselm von Lucca kurz vor den über Auflösung wegen Impotenz handelnden (Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 33 Anm. 1). — Vgl. endlich Lombardus, Sent. IV, 27 § 8 (Migne 192, 912), und vor allen Dingen Gratian. c. 19. 21. C. 27 q. 2. im Zusammenhange. Vgl. auch unten.

³ Vgl. Gratian. C. 27 q. 2.

⁴ Das Vorkommen formloser Eheschliessungen war nicht etwa bloss die Folge der Sponsalienunterscheidung. Schon Hugo von St. Victor führt Klagen über die Clandestinität. Vgl. unten S. 64. ⁵ Vgl. unten.

⁶ Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 63.

Abgesehen von den Consequenzen jener Theorien bezüglich der Lösbarkeit der Ehe musste vor allen Dingen die Folgerung Anstoss erregen, dass die Verbindung Josefs und Marias entweder überhaupt keine Ehe oder doch wenigstens keine sacramentale Ehe gewesen sei. Dies war es, was Damiani,¹ Abälard² und später Hugo von St. Victor³ und Lombardus⁴ zu ausführlichen Entgegnungen veranlasste.

Da Abälard die Ehe als ein „Sacrament“ bezeichnet,⁵ so hat er auch zweifellos die Ehe Marias für ein Sacrament gehalten; da aber weiter bei der Ehe Marias keine copula, nicht einmal der consensus coitus vorgelegen hat,⁶ so musste doch wohl das eheliche Sacrament nicht von der copula abhängen. Abälard zieht diese Consequenz indirect;⁷ nicht jedoch spricht er aus, wodurch nun das Sacrament zu Stande komme, geschweige denn, dass er sich auf eine Polemik gegen die herrschende Sacramentslehre einlässt.

Noch klarer tritt Ivo mit der Idee einer neuen Sacramentslehre hervor. Bereits von der Consensabgabe datirt er die Unauflöslichkeit der Ehe,⁸ knüpft also die wichtigste Wirkung bereits an diese, ja an einer anderen Stelle bemerkt er geradezu, dass mit dem pactum coniugale das Sacrament der Ehe bereits zum grösseren Theile erfüllt sei.⁹ Daneben hat dann die Erwähnung der copula in ep. 188 (Migne 162, 191) nur den Sinn, dass durch die copula das Sacrament noch zum kleineren Theile vollendet wird.¹⁰ Hier haben wir also schon eine neue Sacramentstheorie; gleichzeitig findet sich bei Ivo schon die Unterscheidung von desponsatio und sponsalia, wenn auch nur erst angedeutet. Alle Voraussetzungen für die Sponsaliendistinction waren also bereits gegeben, der Weg somit gewiesen.

Hugo von St. Victor ist es, der ihn zuerst einschlägt.¹¹

¹ Vgl. oben S. 49. ² Vgl. oben S. 52.

³ Vgl. unten. Hugo handelt hierüber in einer eigenen Schrift „De beatae Mariae virginitate“. ⁴ Vgl. Sent. 4, 27 (Migne 192, 911).

⁵ Epitome theologiae christ. c. 31: „Nunc de coniugio dicendum est, quod quidem sacramentum est, sed non confert aliquod bonum, sicut caetera faciunt, sed tamen mali remedium est.“

⁶ Sermo. 1 (Migne 178, 381): ... quis igitur iste consensus fuit? Numquid commisionis carnalis ...?

⁷ Von der Ehe des frigidus bemerkt Abälard: „Gregorius vero dicit esse coniugium, etsi non potest eam habere ut uxorem, habeat ut sororem et non minus erit coniugium, sicut coniugium Mariae et Iosephi.“

⁸ Vgl. ep. 246 (Migne 162, 253).

⁹ Ep. 148 (Migne 112, 153). Vgl. auch ep. 161 (Migne 162, 165).

¹⁰ Vgl. auch ebenda gegen Ende (Migne 162, 192).

¹¹ Inwieweit etwa Hugo von St. Victor sich von Ivo oder Abälard hat beeinflussen lassen, möge dahingestellt bleiben. Bemerken will ich jedoch, dass

Zweites Capitel.

Die Sponsaliendistinction der Scholastiker.

§ 12. Hugo von St. Victor, der Schöpfer der Sponsalien-distinction.

I. Wir sind an einem entscheidenden Wendepunkte angelangt. — Werfen wir zunächst einen Rückblick auf die durchlaufene Zeit. Die fränkische Kirche hatte unter Zugrundelegung der *copula* als Sacramentsfactors die Auflösbarkeit der unvollzogenen Verbindung ausgebildet, die *ecclesia gallicana*, welche diese Erbschaft antrat, hatte aber die herrschende Theorie vom *consensu initiatum*, *copula perfectum matrimonium* entwickelt, gestützt auf jene Stellen des Ambrosius und Augustin und unter Berufung auf die Ehe Josefs und Marias.

Ueber Eheschliessung haben alle kirchlichen Schriften, die wir besprochen, niemals *ex professo* gehandelt, sondern nur gelegentlich bei den Fragen über Sacramentalität, Auflösbarkeit oder Unauflösbarkeit der Ehe, sowie Gültigkeit der Ehe Marias. Aus schon hervorgehobenen Gründen begnügte sich die Kirche mit dem Satze des ihr auch nächstliegenden römischen Rechtes: *consensus facit nuptias*. Der *copula* wurde jedoch in der französischen Kirche eine solche Bedeutung beigelegt, dass man geradezu als Inhalt des eheschliessenden Consensus die *copula* bezeichnete, dass man zwar den Consens als ehewirkend betrachtete, aber — um gleichsam auch bezüglich dieser Wirkung¹ die Wichtigkeit der *copula* aufrecht zu erhalten — nur den auf die eheliche *copula* gerichteten.²

Die Consequenz dieser Theorie war wiederum die Negirung der Ehe Marias. Diese Folgerung und ferner die von der französischen Kirche behauptete Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe — insbesondere durch eine nachfolgende vollzogene Verbindung — waren es, welche Hugo von St. Victor zur Bekämpfung der *Copula*-Theorie in beiden Formen, der strengen wie der vermittelnden, herausforderten.

II. An die Spitze seiner Deductionen stellt Hugo den bekannten Satz des römischen Rechtes: *consensus facit nuptias*.³ Die Ansicht

die oben (S. 53 Anm. 1) citirte Stelle aus dem *Epitome theologiae christianae* leise Anklänge an die später vorzutragenden Sätze Hugos über zwei *desponsationes* enthält; Ivo ist aber wohl zweifellos als Vorläufer von Hugo und Lombardus zu bezeichnen. ¹ Im Gegensatz zum Sacrament und zur Unauflösbarkeit.

² Vgl. auch Lombard., *Sent.* 4, 27 § 8 (Migne 192, 912). — Vgl. auch Abälardus, *Serm.* 1 (Migne 178, 381).

³ Vgl. *De sacram. christ. fidei* II, 11 c. 4 i. f. (Migne 176, 485), *De beatae Mariae virginitate* c. 1 (Migne 176, 859) und unten.

von dem consensus copulae bekämpft er energisch in der Schrift „de beatae Mariae virginitate“,¹ in welcher er nachweist, dass Maria trotz des Gelübdes der Keuschheit in der Ehe gelebt habe.² Den Inhalt des Eheconsensus entnimmt Hugo der bekannten Definition des römischen Rechtes und bezeichnet ihn als: consensus ad individuum vitae consuetudinem observandam.³

Mit diesem Satze des römischen Rechtes⁴ konnte Hugo aber die Unauflösbarkeit der unvollzogenen Ehe und die Sacramentalität der Ehe Marias nicht beweisen.

Der allgemein anerkannten Theorie, dass durch die copula das Sacrament Christi und der Kirche entstehe, konnte Hugo nicht entgegenreten;⁵ nach dieser wäre aber die Ehe Josefs und Marias keine sacramentale gewesen. Ferner: Auch Hugo von St. Victor stellt den Satz auf, dass nur die sacramentale Ehe unauflöslich⁶ sei, und doch wollte er gerade beweisen, dass die Ehe schon von der Consensusabgabe an unlöslich, insbesondere nicht durch eine nachfolgende vollzogene Ehe löslich sei.⁷

¹ A. a. O. c. 1 (Migne 176, 858): *Primum quaeris, utrum sine consensu coitus coniugium fieri possit, ... Movit ergo fortassis te quod dictum audieras: matrimonium non facit coitus, sed consensus. Et merito movisset, siquidem quod dictum non audieras, sed intelligendum putaveras, consensus coitus additum fuisset. ... Deinde hoc concesso et statuto, scilicet quod sine talis consensus pactione coniugium stare non possit; persequeris et interrogas, utrum verum fuit coniugium inter Mariam etc.* Vgl. auch *De sacram. christ. fidei* II, 11 c. 5 (Migne 176, 487).

² *De beatae Mariae virginitate* c. 1 (Migne 175, 859): „*Discutiamus (ut postulas) quid sit coniugium; et ex eius diffinitione proposita consideremus si simul esse potuerunt in virgine matre et consensus coniugalitatis et propositum virginitatis.*“

³ *De sacram. christ. fidei* II, 11 c. 4 i. f. (Migne 176, 485).

⁴ Diesem Consense gegenüber ist der consensus copulae ganz unwesentlich; er ist nur der comes, nicht der effector coniugii. Vgl. *De beatae Mariae virginitate* c. 1 (Migne 176, 859).

⁵ Vgl. *Quaestiones in Epistol. Pauli I. ad Cor.* qu. 63 (Migne 175, 525); *Summa sententiarum* c. 1 (Migne 176, 155), c. 6 (Migne 176, 158 und 159); *De sacram. christ. fidei* II, 11 c. 4: „*Coniugium esse consensum legitimum hoc est inter legitimas personas legitime factum masculi et feminae ad individuum vitae consuetudinem observandam. In quo quidem consensu copulae carnalis commercium pari voto aut futurum non contradicatur aut non futurum laudatur. Cap. V. Quando coniugium esse incipiat. Si quis autem quaerat quando coniugium esse incipiat, dicimus, quod ex quo talis consensus qualem supra diffinivimus, inter masculum et feminam factus fuerit, ex eo statim coniugium est.*“

⁶ *Allegoriae in novum testamentum* lib. 7 (Migne 175, 910. 912). *Summa sent.* c. 4. 5 (Migne 176, 157. 159).

⁷ *De sacram. christ. fidei* II, 11 c. 5 (Migne 176, 485): „*Unde constat quod si vir vel mulier post talem consensum ad alienam societatem transierit, etiamsi commistio carnis illic sequatur ad priorem tamen societatem, in qua sacramentum*

Alles dieses führt nothgedrungen zur Aufstellung einer neuen Sacramentstheorie.

Dieselbe gipfelt in der Annahme zweier verschiedener Sacramente: *Magnum igitur sacramentum, Erunt duo in carne una, in Christo et ecclesia; sed maius sacramentum, Erunt duo in corde uno, in dilectione una, in Deo et anima.*

Das *magnum sacramentum* kommt zu Stande durch die *copula*, das *maius* durch die Consenserklärung; das *magnum* kann fehlen, ohne dass deshalb der Ehe etwas an Heiligkeit, Würde und Sacramentalität verloren geht.¹

Dieses vollständige Verdrängen der *copula* aus der Ehedefinition² und der Sacramentslehre war ein radikaler Bruch mit den Jahrhunderte lang herrschend gewesenen und darum festgewurzelten Anschauungen der französischen Kirche. An Widersachern und Gegnern konnte es daher Hugo nicht fehlen, und, wie wir schon aus seinen eigenen Schriften, namentlich aus einem Anhang zu *De beatae Mariae virginitate*,³ ersehen, hat es an denselben nicht gemangelt.⁴

coniugii sancitum est et postquam secunda copula illicita omnino indicatur, redire debet.

¹ Vgl. *De sacramentis christ. fidei* I, 8 c. 13 (Migne 176, 314. 315), II, 11 c. 3 (Migne 176, 481. 482), c. 5 (Migne 176, 485); *De beatae Mariae virginitate* c. 4 (Migne 176, 875) u. a. m. — Hugo unterscheidet die Ehe und das *officium* der Ehe, die *copula*; beide sind Sacramente: die Ehe das Abbild des geistigen Bündnisses zwischen Gott und der Seele; das *officium* das Sacrament Christi und der Kirche. Ohne *officium* ist die Ehe bereits sacramental; ja in noch weit höherem Maasse sacramental, als wenn das *officium* eingetreten wäre. Statt aller übrigen möge folgender Beleg dienen. *De sacram.* II, 11 c. 3: „Unde quidam non intelligentes hoc quod dictum est: illa mulier non potest pertinere ad Christi et ecclesiae sacramentum cum qua noscitur non fuisse carnale commercium, existimant sacramentum coniugii esse non posse, ubi commistio carnalis non fuerit. Nesciunt enim quod officium coniugii in carnis commistione, illam quae inter Christum et ecclesiam per carnis susceptionem facta est unionem figurat, proptereaue Christi et ecclesiae sacramentum esse non possit, ubi commercium carnale non fuerit. Coniugium tamen verum et verum coniugii sacramentum esse, etiamsi carnale commercium non fuerit subsecutum, imo potius tanto verius et sanctius esse, quanto in se nihil habet, unde castitas erubescat, sed unde charitas gloriatur.“

² Gewissermassen stolz spricht daher Hugo einmal (*De beatae Mariae virginitate* c. 4. Migne 176, 873) von „nostra definitio, quae a coniugio carnis necessitatem excludit.“

³ Ich meine c. 4 *De beatae Mariae virginitate* (Migne 176, 873 ff.). Dem Inhalte nach bildet dieses Capitel offenbar einen späteren Anhang, keineswegs aber einen ursprünglichen Bestandtheil der Schrift.

⁴ Vgl. das in vorstehender Anm. citirte c. 4: „Quoniam quidem necdum quaestiones finem acceperunt, cogor quotidie expositionem expositioni superinducere et veterem parietem recenti temperatura linire, rudibus namque animis novo semper

III. Mit dieser Sacramentstheorie wird Hugo natürlich der Beweis für seine beiden Thesen leicht. Uns interessirt hier zunächst nur die Unauflösbarkeit der Ehe.

Die *sedes materiae* ist c. 5. De sacram. II. 11. (Migne 176, 485 ff.). Die zu behandelnde Frage ist: *Quando coniugium esse incipiat*, und die Antwort lautet: sobald der Eheconsens des römischen Rechts vorhanden ist. Dann ist sogar Sacramentalität und Unauflöslichkeit der Ehe gegeben.²

Dieser Consens, dessen Inhalt wir vorhin besprochen haben, muss aber auf die Gegenwart gerichtet und bestimmt sein, sofort die Ehe mit den Wirkungen des Sacraments hervorzurufen, nicht dagegen dieselbe erst in der Zukunft herbeizuführen, er soll also nicht eine Eheschliessung versprechen, sondern eine solche bewerkstelligen.³

errore fatiscientibus nihil satis expositum esse potest, qui dum tenebris suis involuti alienam lucem non vident, omne quod intelligere nequeunt, obscure dici queruntur, atque ita defectum suarum mentium in causationem transferunt sermonum.“ — Die Einwürfe sind allerdings ebenso naiv, wie die Widerlegung derselben durch Hugo. So wird z. B. an dem angeführten Orte der Einwand erhoben, dass, wenn die Ehe — wie Hugo behaupte — nichts anderes wäre, als eine *societas*, in der sich die Contrahenten zu ewiger Treue verpflichteten, einer Eheschliessung zwischen Personen desselben Geschlechts nichts im Wege stehe. Hugo entgegnet hierauf, dass die Sacramente der Ehe das Abbild der Beziehungen verschieden gearteter Dinge seien, dass also auch die Ehe selbst nicht „*inter pares*“ bestehen könne.

¹ Ueber die Ehe Marias handelt die mehrfach erwähnte Schrift „*De beatae Mariae virginitate*“.

² Vgl. oben S. 62 Anm. 1. Vgl. ausserdem In ep. I. ad Corinth. Quæst. 56 (Migne 175, 524) u. a. m. — Dass mit diesem Satze das *impedim. impotentiae* bei Hugo nicht im Einklange steht, habe ich bereits in Geschlechtsgemeinschaft S. 36 hervorgehoben. Vgl. auch dort Anm. 5.

³ *Causa efficiens est consensus materialis per verba de praesenti expressus* (Quaestiones in ep. I. ad Corinth. qu. 56, Migne 175, 524); De sacram. II, 11 c. 5 (Migne 176, 486): *Longe aliud est promittere atque aliud facere. Qui promittit, nondum facit. ... Qui ergo se promisit uxorem ducturum, nondum tamen uxorem duxit, nec coniugium adhuc fuit, sed futurum esse debuit. Liegt ein solcher consensus de praesenti vor, so ist damit zugleich die Unauflöslichkeit der Ehe gegeben, und eine nachfolgende vollzogene Verbindung kann das bereits sacramentale Band nicht lösen. De sacram. 2, 11 c. 5 (Migne 176, 486): Non autem sic est quando sacramentum coniugii non quidem, ut supra dictum est, mutua sponsione futurum promittitur, sed praesentis assensus attestatione firmatur; quia post talem consensum quidquid in aliena societate etiam cum carnis commistione vel cum prolis procreatione secutum fuerit, irritum omnino esse debet. Die Ansicht, dass die zweite Ehe aufrecht erhalten werden müsse, quia in eo amplius esse videtur, ubi consensum etiam carnis commistio secuta est, würde — meint Hugo — zu der absurden Consequenz führen, dass, falls eine dritte Ehe geschlossen wäre, in*

An einem anderen Orte stellt Hugo daher den *consensus ad prae-sens* ausdrücklich dem *iuramentum de futuro* gegenüber: Nur ein auf gegenwärtige Eheschliessung gerichteter Wille bewirkt die Ehe.¹

Hugo von St. Victor trennt also in durchaus römisch-rechtlicher Weise den Willen, der die Ehe gegenwärtig, und den, der dieselbe erst in Zukunft herbeiführt; er unterscheidet also, wie das römische Recht, Eheconsens und Verlöbnißwille, *matrimonium* und *sponsalia*.²

Aus der Anerkennung dieser römisch-rechtlichen Grundsätze lässt es sich auch verstehen, dass Hugo Formalitäten der Eheconsenserklärung für vollständig wesenlos hält. Er sucht diesen Satz den scheinbar widerstreitenden Aussprüchen der Päpste Leo³ und Evaristus⁴ gegenüber aufrecht zu erhalten, und dabei sind ihm die Schattenseiten des formlosen Eheschliessungsrechtes keineswegs verborgen gewesen.⁵

welcher die *copula* vielleicht häufiger vollzogen wäre, als in der zweiten, jetzt wieder die dritte Ehe vor der zweiten den Vorzug verdiene.

¹ *Summa sent. tract. 7 c. 7* (Migne 176, 160); In Ep. I ad Corinth. *quaestio* 56 (Migne 175, 524).

² *De sacrament. christ. fidei* II, 11 c. 5 (Migne 176, 486. 488); *Summa sent. tract. 7 c. 7 u. a. m.*

³ Hugo glaubt ausdrücklich hervorheben zu müssen, dass auch Papst Leo den Consens als den ausschliesslichen Factor für das Zustandekommen der Ehe anerkenne, obwohl er sich scheinbar anders ausspreche. Die folgende Interpretation der berühmten Stelle Leos (*Cum societas etc.*) ist zwar richtig — Leo hatte in der That den Concubinat im Auge gehabt —, aber die Worte Hugos zeigen doch, welches Gewicht auf jenen Ausspruch gelegt wurde, und zwar gerade zur Begründung einer derjenigen Hugos ganz entgegengesetzten Eheschliessungs- und Sacramentslehre. Hugo giebt ja selbst zu, dass die Stelle richtig interpretirt werden müsse, wenn sie seiner Ansicht nicht widersprechen solle.

⁴ Auch noch einen anderen päpstlichen Ausspruch hatte Hugo mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen. Wenn der Papst Evaristus erkläre: *Aliter legitimum non fit coniugium nisi dotetur uxor et a sacerdote benedicatur*, so sei damit noch nicht gesagt, dass nicht allein der Consens die Ehe schaffe, sondern nur, dass eine Verbindung keine ehrbare und legitime sei, wenn sie heimlich (*clam et furtive*) geschlossen werde. Hugo bemerkt ausdrücklich *consensum praedicto modo definitum sufficere ... ad contrahendum coniugium, licet dos defuerit et sacerdotalis benedictio et alia nuptiarum solennitas, vel etiam ipsa sexuum commistio sine qua coniuges vere appellari possunt*.

⁵ Ein Rechtsfall gab ihm Veranlassung zu einem Gutachten, in welchem diese Schattenseiten vielfach blossgelegt werden. Dieses Gutachten ist juristisch höchst interessant. Zwei Personen hatten ohne Zeugen, so dass Niemand etwas erfahren hatte, eine Ehe geschlossen. Der Mann ging nach kurzer Zeit eine andere Verbindung ein unter Beobachtung aller Zeichen der Oeffentlichkeit. Der auf die Klage der verlassenen Frau vor den Richterstuhl der Kirche citirte Ehemann leugnete die erste Verbindung; Zeugen waren nicht vorhanden. Hugo stellt sich auf den ganz richtigen Standpunct, dass, was der Kirche nicht bewiesen werden könne, für diese nicht existire. Diesem Gedanken hatte Hugo

Ein Punct von grosser Wichtigkeit möge hier noch Erwähnung finden.

In der Anlehnung an das römische Recht geht Hugo so weit, dass er, wie dieses, nicht nur dem ausdrücklich, sondern auch dem durch concludente Handlungen erklärten Consense ehewirkende Kraft beimisst. Es war dies ein nahe liegender Gedanke: wenn zwei Personen freiwillig den Inhalt des Eheconsenses herstellten, so mussten sie denselben wohl besitzen, und es musste bei dem Mangel jeglicher Formvorschrift für die Consenserklärung gleichgültig erscheinen, ob dann dieser Consens noch ausdrücklich abgegeben wurde.

Der Inhalt des Eheconsenses war: die *individua vitae consuetudo*.

Die freiwillige Herstellung dieser *consuetudo*, und zwar naturgemäss durch in *domum deductio* oder Zusammenleben, drückte also den ehewirkenden Consens aus.¹ Man erkennt auch aus diesem Satze, was nach römischem Rechte die in *domum deductio* bedeuten will, wenn ihr ehewirkende Kraft irgendwo beigegeben wird. Nicht sie schafft die Ehe, sondern der in ihr zu erblickende Consens.

Selbstverständlich ist diese Art der Eheschliessung — eine Folge

in c. 4 eod. (Migne 176, 488) folgenden Ausdruck gegeben: *Quod enim omnino occultum est, quantum ad iudicium ecclesiae, non esse dicendum est, quia ad efficiendum aliquid vel impediendum non differt ab eo, quod non est.* Die erste Ehe sei nicht vorhanden, folglich die zweite Ehe gültig. Inconsequent ist es aber, wenn Hugo weiterhin der ersten Ehefrau eine neue Ehe verbietet, weil sie behaupte, ihr Ehegatte sei noch am Leben. Die Gründe Hugos sind solche der Zweckmässigkeit. „*Quare in manifesto non nupsit? Si prius in nubendo testimonium ecclesiae habere contempsit qua ratione nunc iudicium ecclesiae interpellat. Ipsa se igitur obligavit. Sustineat itaque nunc poenam negligentiae; ac ut aliis mulieribus, ne idem praesumant, correctionis et cautelae exemplum fiat.*“ Dem Manne aber, welcher vielleicht aus Reue zu seiner ersten Frau zurückkehren wolle, sei später kein Glauben mehr zu schenken. In Gegenwart der Kirche sei die zweite Ehe geschlossen, letztere müsse daher für gültig gehalten werden, ne occulta manifestis praeiudicent. Der Grund dieser absonderlichen Entscheidung ist ebenfalls ein politischer; das einfachste Mittel, sich seiner Ehefrauen zu entledigen, würde sonst — meint Hugo — die Behauptung einer früheren Eheschliessung sein.

¹ De sacrament. christ. fidei II, 11 c. 5 (Migne 176, 488). An die Stelle, welche unten S. 68 Anm. 2 abgedruckt ist, schliessen sich folgende Sätze: *Aut si non hoc dicunt quia fortassis alicubi verba non celebrantur, sed res agitur, tamen hoc faciunt. Ducit illam, accipit illam, sicut mos est legitimus ducendi uxores. Cum igitur hoc sicut mos est dicunt vel faciunt et in hoc sibi consentiunt, hoc est, quod dicere volo, quod deinceps coniuges sunt; sive hoc dixerint et in hoc sibi consenserint coram legitimis testibus, sicut debent, sive forte soli seorsum et in secreto nemine attestante vel astante qualiter non debent, tamen omnino coniuges sunt, nec deinceps nisi alia emergat causa dissidii ab invicem separari licite possunt, etiamsi propter furtivum consensum si factum negaverint, convinci non possint.*

der formlosen Eheschliessung — auch bei Hugo als die Ausnahme von der Regel wie im römischen Rechte angesehen worden.

Dieser Satz wird noch durch einen directen Anwendungsfall bestärkt: Eine mit Zwang begonnene Ehe wird durch längeres freiwilliges Zusammenleben der Eheleute gültig: denn darin liegt der Eheconsens ausgesprochen.¹

Man sieht: es braucht bloss an Stelle der *individua vitae consuetudo* die *copula* als wesentlicher Inhalt des Eheconsensus gesetzt zu werden — und die Lehre von der den Eheconsens in sich schliessenden *copula* war geschaffen.

IV. Wenn wir das bis jetzt dargestellte System Hugos überblicken, so zeigt sich, die Sacramentslehre ausgenommen, nicht der geringste Unterschied vom bisherigen Rechte, und damit gleichbedeutend nicht die mindeste Abweichung von den Fundamentalsätzen des römischen Rechts. Selbst die neue Sacramentstheorie hätte irgend welche Aenderungen hierin nicht veranlasst und zu veranlassen brauchen — wenn nicht jene Beweisstellen des alten Rechtes vorhanden gewesen wären, wenn nicht die Ehe Josefs und Marias mit ihrer biblischen Bezeichnung vorgelegen hätte. Schon oben hatten wir gesehen, dass Ivo an einer Stelle den Versuch unternommen hatte, mit den Ausdrücken jener Beweisstellen zu operiren, ohne jedoch zu irgend welchem besonderen Ergebnisse zu gelangen. Hugo bedurfte jener Belege in noch höherem Grade als Ivo; ob er sich bei seinen Ausführungen an Ivo angelehnt hat, mag dahingestellt bleiben; besonders schwierig konnte, wie bereits hervorgehoben, die Auffindung der neuen Distinction nicht sein. Der Sitz der Materie ist c. 5 de sacram. II, 11. (Migne 176, 487 ff.), und da dieses Capitel sowohl die Quelle der Sponsalienunterscheidung gewesen ist, als auch zu deren Erklärung den Schlüssel bietet, so muss etwas länger dabei verweilt werden.

Das Capitel beginnt mit dem Satze, dass der *consensus ad individua vitae consuetudinem observandam* die Ehe und zwar schon die unauflösbare Ehe im Gefolge habe.² Hieran schliesst sich eine Betrachtung über den Unterschied der *promissio* (oder *iuramentum*) *se nupturum*, der *sponsio*, von der eigentlichen Eheschliessung. Die

¹ *Summa sent. tract. 7 c. 6* (Migne 176, 159): *Verumtamen si contigerit, eos, qui inviti et coacti coniuncti sunt per aliquod temporis spatium cohabitantes familiariter et amicaliter conversari, et diu in suo consortio remanere, cum habeant opportunitatem discedendi, profecto videtur quod consensus sequens suppleat illud, quod praecedens coactio minuerat. Consensum praedicto modo diffinitum sufficere credimus ad contrahendum coniugium ...*

² Die Stelle s. oben S. 61 Anm. 5.

Wirkung einer derartigen sponsio sei nicht etwa die Ehe, sondern die eines römischen Verlöbnisses, d. h. die Verpflichtung zu künftiger Eheschliessung. Nach einem auf die Gegenwart gerichteten Consense sei unlösbare Ehe vorhanden. Allerdings behaupteten Manche, dass die Ehe dann durch eine nachfolgende vollzogene gelöst werden könne; dies sei aber unrichtig, denn „quod coniugium non in coitu constet, sed in consensu, nec in consensu coitus ... beatus Ambrosius testatur etc.“ Als Beweise führt Hugo an: die beiden berühmten Stellen des Ambrosius und Isidor. Die letztere giebt ihm zu Bedenken Anlass. Wenn Isidor sage, dass a prima desponsationis fide die Ehe vorhanden sei, so scheine dies dem kurz vorher vorgetragenen Satze von den Wirkungen des auf die Zukunft gerichteten Consenses zu widersprechen, denn die sponsio, die desponsatio, bedeute die promissio futuri consensus. Dieser Widerspruch sei aber nur scheinbar. Wenn die desponsatio das Versprechen einer künftigen Ehe bedeute, so sei die fides desponsationis die Erfüllung dieses Versprechens. Diese bestehe aber in der Abgabe des vorher gedachten Eheconsenses des römischen Rechtes und damit beginne die Ehe. Der Ausdruck „desponsatio“ bezeichne allerdings „in des Wortes eigenster Bedeutung“ nicht den ehelichen Consens, sondern das Versprechen eines künftigen.¹

Hugo will also sagen: Das Wort „desponsatio“ bedeutet an und für sich ein Verlöbniß im Sinne des römischen Rechts, das Versprechen einer künftigen Ehe. In einer Stelle, wo die fides desponsationis als Beginn der Ehe gedacht wird, kann also nicht mehr von einem römischen Verlöbniß, sondern von der Erfüllung eines solchen, dem eigentlichen consensus maritalis des römischen Rechtes die Rede sein.

¹ De sacram. II, 11 c. 5 (Migne 176, 487): Sed si desponsationem ipsam futuri matrimonii pactionem et promissionem intelligere debemus, tunc nimirum fidem desponsationis impletionem promissionis et pactionis exhibitionem convenienter accipimus. A qua nimirum quia in praedicto consensu constat merito coniugium exordium sumit, quia in eo, quod fides pactionis et sponsionis quae de futuro coniugio utrinque facta fuerat adimpletur, in consensu maritali coniugii sacramentum perficitur. Nomen autem desponsationis non ipsum coniugii consensum quo matrimonium firmatur, sed pactionem et promissionem futuri consensus significare in ipsa vocis expressione coniicimus, quia et spondere non dare est aut facere, sed promittere. Unde et Apostolus dicit: Despondi enim vos uni viro virginem castam exhibere Christo. Quod si desponsationis nomen in ipso contractu matrimoniali intelligere debemus, tunc fidem desponsationis consensum mutuae societatis, quae coniugium dicitur, convenienter accipimus. Unde et de matre Domini Augustinus dicit, quod a prima desponsationis fide coniux vocata est Ioseph, quam concubitu non cognoverat, nec fuerat cogniturus. Et Ambrosius similiter: Desponsata viro coniugis nomen accepit.

Damit ist aber die Schwierigkeit jener Stellen noch nicht völlig gehoben; denn Ambrosius nennt auch schon die *desponsata viro coniux*. Auch hier ist Hugo mit einer Lösung bei der Hand. Man müsse hier, so deducirt er, *desponsatio* in dem Sinne von *consensus maritalis* verstehen; dann beginne allerdings mit der *desponsatio* die Ehe; wenn man dagegen als Inhalt der *desponsatio* das Versprechen des künftigen Eheconsensus betrachte, so entstehe durch die *desponsatio* keine Ehe, sondern nur ein Verlöbniß, wobei allerdings zu beachten sei, dass bisweilen auch die *futura coniux* eine *coniux* genannt werde.¹

Zur deutlicheren Erklärung seiner Ansichten geht Hugo dann mit den Worten über „*Vis scire, quid dico?*“ und erläuterte dieselben am Schlusse folgendermassen. Wenn zwei Personen zu einander sprächen: „*Accipio te in meam* bzw. *meum*“, oder etwas ähnliches, so sei damit die Ehe zu Stande gekommen, selbst wenn dieser Wille ganz formlos und ohne Zeugen erklärt worden sei.²

Dasselbe Resultat erhalten wir in *Summa sent. tract. 7 c. 7.*³ Hier

¹ Daher fährt Hugo in der auf S. 67 Anm. 1 begonnenen Stelle fort: Et Ambrosius similiter: *desponsata viro coniugis nomen accipit. Cum enim initiatur coniugium tunc coniugii nomen assumitur, in quibus verbis sicut supra dictum est, si desponsationem accipimus in eo quando consensu maritali coniugium sancitur, recte tunc ipsum coniugium inchoari et nomen coniugis assumi dicitur. Si autem desponsationem intelligimus in eo quod futurus ad coniugium faciendum consensus promittitur, tunc quidem coniugium in iis, quae coniugium antecedunt inchoari dicitur; et ab inde etiam quae futura est coniux, propter ea, quibus iam coniugium initiatum est, nomine coniugis censetur. Sed ut libet de his et de huiusmodi sentiat, tantum ut coniugium nec ante legitimi consensus attestationem, in quo uterque alteri ad coniugalitatis foederis societatem se tradit, verum esse credatur, nec postea imperfectum.*

² De sacram. II, 11 c. 5 (Migne 176, 488): *Vis scire, quid dico? Cum ille dicit: Ego te accipio in meam ut deinceps et tu uxor mea sis, et ego maritus tuus, et illa similiter dicit: Ego te accipio in meum, ut deinceps et ego uxor tua sim et tu maritus meus, aut scilicet hoc dicunt, aut aliud quodcumque simile illi, in quo et si non hoc dicunt, hoc tamen intelligunt. — Hiernach sind die Worte accipio te etc. zweifellos nur beispielshalber gewählt.*

³ *Summa Sentent. tract. 7 c. 7* (Migne 176, 160): *Quaeri potest, an sufficiat coniugio ad praesens contrahendo iuramentum de futuro, quando scilicet in superadulta aetate vir iurat mulieri quod eam accipiet in futuro, et mulier idem iurat viro: nec ad praesens se recipiunt nec adhuc fidem tori servaturos se promittunt. Est enim verisimile, quod iuramentum pertinens ad futurum non facit coniugium. Hoc enim quod Augustinus et Isidorus dicunt, ex prima desponsationis fide coniuges appellari et quod leges dicunt, illam esse legitimam uxorem (quamvis minime dotata sit) cui vir tactis sacris scripturis, vel in oratorio iuraverit, se illam uxorem habiturum, de iuramento et desponsatione illa intelligendum est quando vir et mulier se invicem recipientes iurant se fidem tori et alia iura coniugii ad praesens et deinceps servaturos. Tale enim iuramentum facit coniugium, non illud, quod*

werden die beiden Citate aus Augustin und Isidor als Beweisstellen für die ehewirkende Kraft des Consensus angeführt, und aus der Terminologie gefolgert, dass *desponsatio* den *consensus ad praesens* bedeute. Hier wird auch der *consensus de futuro* formulirt.

Ziehen wir aus dieser Darstellung den Schluss, so haben wir die Unterscheidung von *desponsatio de futuro* und *desponsatio de praesenti* vollständig entwickelt vor uns. Diese Unterscheidung ist aber eine rein scholastische Distinction.

Als Beweisstellen für die ehewirkende Kraft des Consensus müssen die Aussprüche des Ambrosius und Augustin bei Isidor dienen. Beide operiren mit dem Ausdrucke *desponsatio*, der aber in seiner eigentlichen Bedeutung das Versprechen künftiger Ehe ist. Demnach besteht ein Widerspruch. Gelöst wird derselbe durch eine Distinction:¹ In jenen Stellen bedeutet *desponsatio* den *consensus coniugalis*; es giebt also zwei Arten von *desponsationes*. Dass die Stellen von einer solchen Unterscheidung nichts wissen, kümmerte Hugo nicht; wenn er nur auf diese Weise jene Quellen seinen Zwecken nutzbar machen konnte. Practische Bedeutung sollte ja auch diese Distinction nicht haben, denn Hugo wollte damit nicht eine neue Eheschliessungslehre geben, und hat sie auch in der That nicht gegeben. Sein Eheschliessungsrecht ist — das bedarf nach dem oben Vorgetragenen wohl keines Beweises mehr — das römische.

Die *desponsationes*-Unterscheidung ist eine „Distinction“, aber keine Eheschliessungslehre. Die *desponsatio* als römisches Verlöbniß ist nach Hugos eigenen Worten die eigentliche *desponsatio*, diejenige, welche dem Wortsinne entspricht; die *desponsatio* dagegen, welche den *consensus coniugalis* enthält, die uneigentliche, die von Hugo erfundene. Die erste: die *desponsatio* des römischen Rechtes, die zweite: die des Kanonisten Hugo; die erste: die *desponsatio legalis*, die zweite: die *desponsatio canonica*.

Dass jener Unterscheidung lediglich theologisch-dogmatische Specu-

simpliciter ad futurum. Cum enim non fiant coniuges, nisi illi qui se ex consensu ad praesens recipiunt; quomodo coniuges appellari possunt qui nondum hoc fecerunt, sed in futuro se facturos, iurando promittunt? Vgl. auch Summa Sentent. tract. 7 c. 7 (Migne 176, 158 unten).

¹ Ueber den Charakter solcher Distinction vgl. Thaner, Vorrede zur Ausgabe der *Summa Magistri Rolandi* (Innsbruck 1874) S. V ff. Vgl. auch Petrus Blesensis, *Speculum iur. canon.* ed. Reimarus. Berolin. 1837. in c. 1 § 1 (ed. cit. S. 6): „Ut inter graves et fere inexorabiles canonum discordias ad tranquillitatem pacis, mediante distinctionum remedio, redigamus ...“, und in c. 2 (ed. cit. S. 22): „Cum ex diversis lateribus leges et canones sibi invicem repugnare quasi fronte apposita videantur, prodeat in medium mediatrix discordantium interiecta distinctio, ut tota rebellio amico foedere conquiescat.“

lationen zu Grunde liegen, bedarf auch keines Beweises.¹ Anderenfalls wären Hugos Quellen wohl ebensowenig, wie bei Hincmar, Ivo u. s. w., auf Ambrosius und Isidor beschränkt geblieben. Geltendes Eheschließungsrecht wollte Hugo ja auch nicht schaffen, sondern nur die Unauflöslichkeit der durch Consens (consensus ad praesens) geschlossenen Ehe darthun. Das der Distinction zweier desponsationes zu Grunde liegende Recht ist also das römische Recht mit einer theilweise neuen Terminologie insofern, als auch für den consensus maritalis der Ausdruck desponsatio gebraucht wird.

Auch aus der Anwendung dieser neuen Terminologie lässt sich die Bedeutung erkennen, welche Hugo ihr beimisst.

Hugo spricht in einer überwältigenden Mehrzahl von Fällen nicht von desponsatio im Sinne des Eheconsenses; denn, wenn er diesen bezeichnen will, so gebraucht er die Worte consensus,² oder praesens assensus,³ oder consensus materialis per verba de praesenti expressus,⁴ im Gegensatze zur sponsio, promissio, iuramentum de futuro, consensus se in futuro habiturum.⁵ Das Wort „desponsatio“ ist überhaupt selten. Abgesehen von den beiden ex professo von der Distinction jener alten Stellen handelnden Capiteln⁶ findet sich desponsatio, desponsata für consensus maritalis bzw. coniux häufiger nur in der Schrift De beatae Mariae virginitate. Dies bestätigt aber gerade unsere Ansicht. Denn bekanntlich wird die Verbindung Marias desponsatio genannt und war doch Ehe, was Hugo gegenüber abweichenden Meinungen, die sich auch auf den Terminus „desponsatio“ berufen, mit Energie behauptet.⁷ Hier war natürlich Grund zur Anwendung der Distinction zweier desponsationes vorhanden.

Sehen wir hiervon ab, so kommt desponsatio im Sinne von consensus maritalis im Gegensatze zur copula nur ganz vereinzelt vor.⁸ Der später dafür so allgemein gewordene Ausdruck „sponsalia“ findet sich dagegen nirgends. In den zu interpretirenden Stellen stand dieses Wort

¹ Deshalb finden sich auch die betreffenden Ausführungen in den Schriften über die Sacramente und die Jungfräulichkeit Marias.

² Summa Sent. tract. 7 c. 1 (Migne 176, 55); De sacram. christ. fidei 2, 11 c. 4 (Migne 176, 483 ff.), c. 6 (Migne 176, 494); De beatae Mariae virginitate c. 1 (Migne 176, 858). ³ De sacram. christ. fidei 2, 11 c. 5 (Migne 176, 486).

⁴ In ep. I. ad Corinth. qu. 56 (Migne 175, 524); De sacram. 2, 11 c. 5 (Migne 176, 488).

⁵ De sacram. 2, 11 c. 5; Summa Sent. tract. 7 c. 7 (Migne 176, 160).

⁶ Nämlich Summa Sent. tract. 7 c. 6, 7; De sacram. 2, 11 c. 5.

⁷ De beatae Mariae virginitate c. 1 (Migne 176, 885. 886). Am Schlusse heisst es: „An adhuc desponsationis nomen aliquid tibi ambiguitatis reliquit?

⁸ So Summa Sent. tract. 7 c. 20 (Migne 176, 170).

nicht, also brauchte es auch nicht distinguirt, nicht erläutert zu werden. Dass „sponsalia“ Verlobung im Sinne des römischen Rechtes bedeute, wusste Hugo; er hatte sie oft genug als solche bezeichnet, als sponsio, als eigentliche desponsatio.

Man sieht aus dem Vorstehenden, dass die Distinction zweier desponsationes lediglich dort auftritt, wo die Beweisstellen von Ambrosius, Augustin und Isidor gebraucht werden, und also nur Beweiszwecken dient. Sie hat noch nicht diese reine Beweismatur abgestreift und noch nicht den selbständigen Charakter angenommen, welchen sie später in der ecclesia gallicana und durch die Décretalengesetzgebung erlangt hat.

V. Die Distinction ist das Verdienst Hugo's. Die vereinzelte Ansicht,¹ dass jene Unterscheidung dem römischen Rechte zu verdanken sei, kann nach den Ausführungen von Böhmer² und Anderen³ mit Stillschweigen übergangen werden; dieselbe beruht auf einem Missverständnisse der oben erwähnten Unterscheidung von separata, pacta und sponsa im Sinne des älteren römischen Rechtes.⁴ Hier von ganz abgesehen, sind über die Entstehung der Sponsalienunterscheidung die verschiedensten Meinungen laut geworden. Dies zeigt die Zusammenstellung bei Glück,⁵ welcher für seine Person der Ansicht ist, dass die Päpste auf jene Eintheilung verfallen seien.⁶ Im Allgemeinen hat man jedoch die Scholastiker als Autoren der Distinction betrachtet. Allerdings wurde hierbei regelmässig angenommen⁷ — und

¹ So Huber, *Disgressiones Justinian.* Fran. 1688. 2, 7—9. S. 120 ff.; Gundling, *Gundlingiana.* Hal. 1715. Stück 10. Nr. 1. S. 377 ff.

² *Jus. eccles. protest.* (Halae-Magdeb. 1774.) tom. 3. 4, 1. § 4—8.

³ Wernher, *Diss. de recta sponsal. de pr. et de fut. applicatione.* Witemb. 1795. § 4 ff.; Walch, *Introd. in controvers. iur. civ. Sect. 1 c. 2. membr. 1.* § 1; Glück, *Commentar.* 22, 384.

⁴ *De diverso sponsalium et matrimonii iure.* Halae-Magdeb. 1718. S. 20.

⁵ A. a. O. 23, 66 ff.

⁶ A. a. O. 23, 68. Die Ausführungen bei Glück sind überhaupt als recht verfehlt zu bezeichnen (vgl. z. B. über Gratians Sacramentslehre 23, 266 ff.). — Ebenso verworren, wie über die Geschichte, ist die Ansicht der Aelteren über die rechtliche Bedeutung der Sponsalientheorie. Man vgl. die Zusammenstellung bei Böhmer, *Jus. eccles. prot.* tom. III. 4, 1. § 24 ff.; und Glück, a. a. O. 23, 65 ff. Ein näheres Eingehen erscheint überflüssig. — Ich will hier gleich bemerken, dass die ältere von Glück, a. a. O. 23, 62 Anm. angeführte Litteratur zum grossen Theil nicht zu meiner Verfügung gestanden hat. Wenn aber aus den von mir benutzten Schriften (z. B. Bruckner, *De differ. consensus sponsalitii et matrimonialis.* Jenae 1705) ein Schluss auf die nicht benutzten zu ziehen gestattet ist, so wird man dies als eine Lücke kaum empfinden können. — Der Wahrheit am nächsten kommt Böhmer (*De diverso sp. et m. iure.* Halae-Magdeb. 1715. § 6), dessen Ausführungen überhaupt einen recht vortheilhaften Eindruck machen.

⁷ Vgl. Sohm, *Eheschl.* S. 121. Scheurl, *Eheschl.* S. 76.

so auch in der neuesten Schrift über Eheschliessung¹ —, dass diese Theorie zum ersten Male von Petrus Lombardus entwickelt worden sei, jedenfalls aber durch ihn ihre Bedeutung für die gesammte Kirche erlangt habe. Ich habe bereits in einer früheren Schrift² darauf hingewiesen, dass die Sponsalienlehre schon bei Hugo von St. Victor sich nachweisen lässt, ja, dass Hugo von St. Victor als der Vater derselben zu betrachten sei. Nach dem Vorstehenden dürfte dies keines Beweises mehr bedürfen; doch will ich kurz noch auf Folgendes aufmerksam machen. Vor Hugo von St. Victor treffen wir die Sponsaliendistinction nirgends an.³ Denn wenn auch zu ihrer Ausbildung der Grund bereits gelegt war, ja wenn sich sogar leise Spuren schon bei Ivo, vielleicht auch bei Abälard constatiren liessen, so tritt doch Hugo zuerst mit einer deutlich ausgebildeten Lehre auf. Auch die Art und Weise, mit der er seine Ansichten zu entwickeln unternimmt, die grosse Breite der Darstellung, die häufigen Wiederholungen, die Fragen, ob der Leser seinen Ausführungen folgen könne,⁴ die zaghaften Ausdrücke⁵ zeigen, dass der Autor etwas Neues, Ungewohntes bringen will. Wie anders nimmt sich dagegen das System des Petrus Lombardus aus, der sich allerdings hierbei an Hugo anlehnen konnte, und dies, wie unten zu zeigen, auch gethan hat.

§ 13. Lombardus.

I. Ihre vollständige wissenschaftliche Ausbildung erhielt die Sponsaliendistinction erst durch Petrus Lombardus.

Dieser hat sich in den Sent. IV dist. 26 ff. eng an Hugos De sacram. christ. fidei II, 11 c. 1 ff. angeschlossen, ja die Uebereinstimmung ist vielfach eine wörtliche. Die Sacramentslehre des Lombardus weicht

¹ Freisen, Archiv. 54, 15. Vgl. auch Freisen, Kritik über Sehling, Geschlechtsgemeinschaft etc. in Litterar. Rundschau für das kathol. Deutschland. 1886. S. 333.

² Geschlechtsgemeinschaft S. 35 Anm. 2, S. 50 Anm. 8.

³ Wenn Ficker (Ueber die Entstehungsverhältnisse der Exc. leg. Rom. in Mittheil. des Instituts für österr. Geschichtsforschung. II. Ergänzungsband. Innsbruck 1886. S. 2) und nach ihm Fitting (Ueber neue Beiträge zur Gesch. der Rechtswissenschaft im früheren Mittelalter, Zeitschr. der Savigny-Stift. für Rechtsgesch. Rom. Abthl. 7, 27) bemerken, dass sich der Sache nach die Sponsalienunterscheidung bereits in den Exc. 4, 44 vorfinde, so ist dies nur insoweit richtig, als das der Distinction zu Grunde gelegte Recht eben das von Petrus dargestellte römische Recht ist, und man denselben Satz also auch bezüglich der Pandecten Justinians hätte aussprechen können. Die Distinction zweier desponsationes rührt erst von Hugo her, denn er hat zuerst eine neue Sacramentslehre aufgestellt.

⁴ „Vis scire, quid dico?“ De sacram. 2, 11 c. 5 (Migne 176, 488).

⁵ „Est enim verisimile“ u. a. Summa Sent. tract. 7 c. 7 (Migne 176, 160.)

allerdings von derjenigen Hugo's ab;¹ aber der Unterschied ist nur scheinbar von Belang, denn in der Hauptsache, bezüglich des Werthes und der Wirkung der copula, stimmen beide überein.

Die copula ist auch bei Lombardus von untergeordneter Bedeutung. Ohne dieselbe kann schon eine sacramentale Ehe zu Stande kommen, durch sie wird die bereits sacramentale nur noch perfectior. Dies wird im Gegensatze zu den beiden berühmten Stellen Augustin's und Leo's bewiesen.² Für Lombardus ist also die unvollzogene Ehe unter keinen Umständen löslich, selbst nicht durch Eintritt in das Kloster,³ die Verbindung Marias mit Josef war eine vollgültige, sacramentale Ehe. Aus dieser fundamentalen Uebereinstimmung mit Hugo's Ansichten erklärt sich die sofort darzustellende Uebernahme der Distinction Hugo's.

II. Nachdem die Sacramentslehre in der dist. 26 festgestellt ist, geht Lombardus in dist. 27 zur Beantwortung der wesentlichen Frage über: „*quae sit efficiens causa coniugii?*“ Es handelt sich hier ebenso wie bei Hugo von St. Victor darum, ob die Ehe mit dem Consense oder mit der copula beginne.⁴ Ueber andere Fragen Erörterungen anzustellen, kommt dem Scholastiker gar nicht in den Sinn; denn im

¹ Nach Lombardus giebt es nur ein Sacrament der Ehe, nämlich das Sacrament Christi zur Kirche. Dasselbe hat zwei Seiten. Der eheliche Consens charakterisirt die geistige, die copula dagegen die — weit geringfügigere — sinnliche Seite der Ehe. Das Nähere Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 39.

² Dist. 26. c. 6 (Migne 192, 910): *Consensus enim coniugum copulam spiritalem Christi et ecclesiae, quae figurat charitatem significat. Commixtio vero sexuum illam significat, quae fit per naturae conformitatem. Qualiter intelligendum sit illud: Mulier illa non pertinet ad matrimonium cum qua non est commixtio sexuum. 7. Inde est, quod quidam doctores dixerunt, illam mulierem non pertinere ad matrimonium, quae non experitur carnalem copulam. Ait enim Augustinus: Non dubium est illam mulierem etc. Item Leo papa: cum societas nuptiarum ita a principio sit instituta, ut praeter commixtionem sexuum non habeat in se Christi et ecclesiae sacramentum, non dubium est, illam mulierem etc. Item Augustinus: Non est perfectum coniugium sine commixtione sexuum. Hoc si secundum superficiem verborum acceperit, inducitur in errorem tantum, ut dicat sine copula carnali non posse contrahi matrimonium: et inter Mariam et Joseph non fuisse coniugium vel non fuisse perfectum; quod nefas est sentire. Tanto enim sanctius fuit atque perfectius, quanto a carnali opere immunius. Sed superius posita, ea ratione dicta intelligendum est, non quin pertineat mulier illa ad matrimonium, cum qua non est permixtio sexuum; sed non pertinet ad matrimonium quod expressam et plenam tenet figuram coniunctionis Christi et Ecclesiae.*

³ Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 40 Anm. 1.

⁴ Nach der einleitenden Bemerkung in § 1 der dist. soll dieselbe zwar auch noch von anderen eherechtlichen Fragen handeln, die eine aber nach der causa efficiens coniugii drängt in der Folge alle anderen in den Hintergrund.

Vordergrunde des Interesses steht auch bei ihm der Nachweis der Gültigkeit der Ehe Marias.¹

Wer demnach in den Ausführungen des Lombardus etwa Aufschlüsse über das Verhältniss von Verlobung und Trauung zu finden hofft, der befindet sich auf Irrwegen.

Wie Hugo, so beginnt auch Lombardus mit dem Ehebegriffe des römischen Rechtes und schliesst daran den von Hugo übernommenen Satz, dass der *consensus per verba de praesenti* (z. B. *accipio te in meum etc.*) *expressus* auch ohne *copula* die Ehe bewirke,² wofür als Belege die Stellen des Augustin bei Isidor, des Nikolaus, Chrysostomus und Ambrosius dienen.³

An diese Stellen hatte Hugo seine Unterscheidung zweier *desponsationes* angeknüpft. Lombardus nimmt dieselbe kritiklos auf. Es kommt ihm gar kein Zweifel bei, dass Ambrosius und Augustin (bei Isidor) unter *desponsatio* die *pactio coniugalis* verstehen, den *consensus voluntarius ac maritalis* (*qui solum matrimonium facit*), d. h. den *consensus* des römischen Rechtes.

Dieser seiner Ansicht stellt Lombardus nunmehr die alte gallikanische und zwar sowohl die strengere, wie die vermittelnde entgegen.⁴

¹ Man braucht hierzu bloss die vorstehend abgedruckte Stelle aus dem unmittelbar vorangehenden Theile der *dist. 26* zu vergleichen. Wer hierdurch allein nicht überzeugt sein sollte, vergleiche § 2 und namentlich § 3 der *dist. 30 eod.*, wo *ex professo* die Frage nach der *efficiens causa matrimonii* für die Ehe Josefs und Marias behandelt wird. Vgl. auch *Dist. 28 § 3*. *Dist. 27 § 5*. § 10 u. a. m.

² *Sent. 4, 27 § 3* (Migne 192, 910): *Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet, sed per verba expressus, nec de futuro, sed de praesenti. Si enim consentiunt in futurum, dicentes: Accipiam te in virum, et: Ego te in uxorem, non est iste consensus efficax matrimonii.* Vgl. ferner *Sent. 4, 28 § 3* (Migne 192, 915); *Collectanea in ep. Pauli ad Corinth. c. 7* (Migne 191, 1586).

³ *Sent. 4, 27 § 5* (Migne 192, 911): *Quod enim ab ipsa desponsatione in qua pactio conjugalis exprimitur, coniuges sint; sanctorum testimonia probant. Ait enim Ambros. ibid. c. Cum initiatur, et in lib. 27 de virginibus etc. Item Isidor. in lib. 9. Etymol. c. 8; Coniuges verius Item August. in lib. de Nuptiis et et concupiscentia c. 11: Coniux vocatur ex prima desponsationis fide, quam concubitu non cognoverat Propter quod fidele coniugium ambo parentes Christi vocari meruerunt, non solum illa mater, sed etiam ille pater eius, sicut coniux matris eius; utrumque tamen mente non carne. Ex his evidenter insinuat quod ex tempore quo intercedit consensus voluntarius ac maritalis (qui solus coniugium facit) veri coniuges sunt sponsus et sponsa.*

⁴ Schon in *Sent. 4, 26 § 7* hatte Lombardus die drei Stellen des Augustin und Leo beleuchtet, die diese Ansichten hauptsächlich unterstützen. (Vgl. oben. Ueber die Geschichte dieser Stellen vgl. *Geschlechtsgemeinschaft* S. 44 Anm. 2.) Die beiden ersten waren Belege für die Ansicht, dass ohne *copula* überhaupt keine Ehe zu Stande komme; die dritte (*Non est perfectum etc.*)

Nach beiden ist vor der copula keine unauflösliche, keine wahre Ehe vorhanden.

Nicht handelt es sich hier — wozu man sich durch die häufig vorkommenden Ausdrücke sponsus und coniux leicht verleiten lassen könnte — um den Gegensatz von sponsa und coniux in unserem Sinne, von Verlöbniß und Eheschliessung, und um die Feststellung, ob Verlöbniß schon Eheschliessung sei. Denn darüber haben sich, wie wir sahen, die Kanonisten nie gestritten. Hier bedeutet sponsa im Gegensatze zu coniux die in unvollzogener Ehe Lebende. Man sehe sich nur die Beispiele bezüglich der Bedeutung des Wortes sponsa an, und man wird sofort von der Richtigkeit dieser Annahme überzeugt sein.¹

Die Anhänger der alten französischen Lehre, so referirt Lombardus, führen folgende Beweise an:² Die unvollzogene Ehe kann

diente in Verbindung mit Ambrosius „Cum initiatur etc.“ als Unterlage für die Lehre vom desponsatione initiatum, copula perfectum coniugium. Beide Theorien sind bei Lombardus klar zu erkennen und werden mehrfach auseinandergehalten. Lombardus giebt in dist. 26 § 7 auch zu, dass man bei oberflächlicher Betrachtung jener drei Stellen leicht zu der Annahme verleitet werden könne „et inter Mariam et Joseph non fuisse coniugium, vel non fuisse perfectum“. Um die Beseitigung dieser Konsequenzen dreht es sich vor allen Dingen und Lombardus erörtert daher in Sent. 4, 30 § 2. 3 (Migne 192, 917) ausführlich, ob die Ehe zwischen Josef und Maria auch „perfectum“ gewesen sei, was ihm mit seiner Sacramentstheorie zu beweisen auch gelingt. Da übrigens beide Ansichten übereinstimmend der copula eine wesentliche Wirkung einräumen, so nennt sie Lombardus auch wohl in einem Zuge. So in Dist. 27 § 6 (Migne 192, 911): Secundum quosdam non est coniugium ante carnalem copulam, sed sponsi et sponsae sunt (das ist die Inhaltsangabe). Quidam tamen asserunt, verum coniugium non contrahi ante traductionem et carnalem copulam: nec vere coniuges esse aliquos antequam intercedat commixtio sexus; sed a prima fide desponsationis vir sponsus et mulier sponsa est, non coniux. Sponsos autem et sponsas coniuges frequenter appellari dicunt, non quia sint, sed quia futuri sunt; cuius rei sponsionem invicem fecerunt. Et secundum hoc verba praemissarum auctoritatum intelligenda fore, tradunt.

¹ Sent. 4, 27 § 7 (Migne 192, 911): Quod vero inter sponsam et coniugem plurimum intersit, ex eo astruunt, quia licet sponsae ante carnalem copulam inconsulto vel nolente sponso monasterium eligere; quo facto, sponso etiam licet aliam ducere Refert enim Hieron. quod Macharius inter Christi eremitas praecipuus, celebrato nuptiali convivio, cum vespere thalamum esset ingressurus, ex urbe egrediens transmarina petiit, et eremi solitudinem sibi elegit. Beatus enim Alexius similiter ex nuptiis divina gratia vocatus, sponsam deseruit et nudus Christo famulari coepit. His exemplis liquet licere sponsis sine consensu suarum sponsarum et e converso continentiam profiteri.“ Kann es nach solchen Zeugnissen noch zweifelhaft erscheinen, dass man hier unter sponsa im Gegensatze zu coniux die in unvollzogener Ehe Lebende versteht. Wurde doch auch die „Ehe“ Josefs und Marias eine desponsatio genannt (vgl. oben).

² Die beiden Hauptbeweisstellen Hinemars (Leo und Augustin) hatte Lombardus schon in dist. 26 § 7 durch seine Sacramentstheorie widerlegt.

durch Eintritt in das Kloster getrennt werden, die vollzogene nicht. Für beides bringen sie Belege und ziehen daraus den Schluss: Zwischen sponsi und sponsae besteht kein coniugium. Auf die Aussprüche des Ambrosius und Isidor antworten sie: *Ex pactione ergo coniugali sponsi et sponsae fiunt ante coitum; in coitu veri efficiuntur coniuges.*¹

Lombardus giebt zu, dass nach den von den Gegnern angeführten Beweisstellen die desponsatio durch Eintritt in das Kloster gelöst werden könne. Folglich bestehe ein Widerspruch in den Quellen; denn Ambrosius nenne bereits die desponsatio coniugium, und die Ehe sei stets unauflöslich.

Dieser scheinbare Widerspruch löst sich nach Lombardus sehr einfach durch die Annahme verschiedener Arten von desponsationes: einer desponsatio, die den consensus de praesenti, und einer anderen, die nur die pollicitatio contrahendi matrimonium enthält. Wo von der Auflösung einer desponsatio die Rede ist, da ist die sponsio futuri gemeint, und wo die desponsatio als coniugium auftritt — wie bei der Ehe Josefs und Marias (sponsa) —, wo also mit ihr Sacramentalität und Unauflöslichkeit vorhanden ist,² da ist sie als consensus de praesenti aufzufassen. Nunmehr trägt Lombardus seine Distinction in echt scholastischer Weise in die Quellen hinein; sie müssen sich seiner Distinction unterordnen, wenn dies auch ihrem eigentlichen Sinne strict zuwiderläuft.³

Den Schluss dieser distinctio 27 bildet eine Wiederholung des leitenden Gedankens:

Non est ergo ambigendum, quia solus de praesenti consensus coniugium efficiat, et exinde veri coniuges appellantur.

Hierauf folgt die Nutzanwendung gegenüber der wichtigsten Consequenz der gegnerischen Ansicht:

Ideoque post talem consensum, si quis alii se copulaverit, etiamsi carnis commixtio illic sequatur, ad priorem copulam revocandus est.

¹ Sent. 4, 27 § 8 (Migne 192, 913).

² Sent. 4, 27 § 9 (Migne 192, 912). *His autem respondemus: Fit aliquando desponsatio, ubi est compromissio viri et mulieris de contrahendo matrimonio; non est autem ibi consensus de praesenti. Est et desponsatio habens consensum de praesenti id est pactionem coniugalem, quae sola facit coniugium. In illa ergo desponsatione, ubi est pollicitatio contrahendi matrimonium sponsi tantum et sponsae fiunt, non coniuges, et talibus sponsis licet sine communi consensu continentiam profiteri et monasterium eligere. In ea vero desponsatione ubi est consensus de praesenti, coniugium contrahitur; et ab illius desponsationis prima fide veri coniuges appellantur. Secundum hanc distinctionem desponsationis de sponsis varie loquuntur doctores.*

³ Vgl. Sent. 4, 27 § 10 (Migne 192, 913).

II. Die so besprochene Distinction des Lombardus stellt einen wesentlichen Fortschritt gegenüber den Ausführungen Hugo's dar. Hugo hatte auch gegen die Copula-Theorie angekämpft und als Belege Ambrosius und Isidor angeführt, damit sich aber begnügt. Seine Distinction zweier desponsationes war geflossen aus einem wissenschaftlichen Bedenken und aus dem Bestreben, die Terminologie der beiden Beweisstellen mit dem Beweisthema in Einklang zu bringen. Eine directe Anwendung auf andere Quellen ist bei Hugo nicht nachweisbar. Lombardus dagegen nimmt die Unterscheidung als gegebene hin und wendet sie — dies ist das wesentlich neue — zum ersten Male bezüglich anderer Beweisstellen (als Ambrosius etc.) an; Lombardus erhebt also eigentlich erst jene Unterscheidung zu einer vollkommenen scholastischen Distinction.

Wenn es jetzt überhaupt noch eines Beweises über die wahre Bedeutung jener Sponsalienunterscheidung bedürfte, so brauchte man bloss auf den Satz hinzuweisen, welcher den Schluss der Auseinandersetzung über die verschiedenen desponsationes bildet: „Secundum hanc *distinctionem desponsationis*, de sponsis varie loquuntur doctores.“

Von einer neuen Eheschliessungslehre ist bei Lombardus ebenso wenig die Rede, wie bei Hugo. Die beiden einzigen Sätze der *distinctio* 27, die überhaupt von Eheschliessung und Verlöbniß handeln, sind die bekannten des römischen Rechts:¹ Dass der auf gegenwärtige Herstellung der Ehe gerichtete Consens die Ehe bewirkt, dagegen der Consens, welcher das Versprechen künftiger Eheschliessung enthält, nur ein Verlöbniß, keine Ehe.²

Als Erscheinungsform des Consensus verlangt er die ausdrückliche wörtliche³ Erklärung, gleichgültig, ob formlos und ganz im Geheimen abgegeben.⁴ Bezüglich des Inhalts bezeichnet er in deutlich erkennbarer Anlehnung an Hugo den Consens als *consensus coniugalis societatis*, im Gegensatze zum *consensus cohabitationis* und *copulae*.⁵

¹ Wer die directe Anlehnung an diese Sätze noch bezweifeln möchte, lese Sent. 4, 27 § 2. 2. 9. 29 § 2.

² Ob zu diesem letzterem eidliche Bestärkung hinzugetreten, ist gleichgültig. Vgl. Sent. 4, 28 § 1 (Migne 192, 914), wörtlich übereinstimmend mit Hugo, De sacram. II, 11 c. 5 (Migne 176, 486).

³ Doch können „*alia certa signa*“ die verba ersetzen (Sent. 4, 27 § 3). Als normale Form bezeichnet er aber, wie Hugo, die Worte „*accipio te in meam etc.*“ (Sent. 4, 28 § 3).

⁴ Sent. 4, 29 § 2 (Migne 192, 915): „*Voluntas ergo verbis expressa in occulto ad hoc suffragatur, ut fiat coniugium; manifeste vero expressa suffragatur ut sanciat et roboret.* Vgl. auch hierzu Hugo, De sacram. II, 11 c. 6 (Migne 176, 488 ff.).

⁵ Vgl. Sent. 4, 28 § 3 (Migne 192, 915), mit Hugo, De sacram. II, 11 c. 4 am Ende und c. 5; De beatae Mariae virginitate (Migne 176, 858 ff.).

Wollte man übrigens glauben, dass Lombardus in Folge seiner Distinction das römisch-rechtliche Verhältniss von „sponsalia“ und „coniugium“ nicht auch in seinen Sententiae hervorgehoben habe, so würde man sich irren. Wenn es z. B. in Sent. 4, 27 § 9 heisst: „In illa desponsatione, ubi est pollicitatio contrahendi matrimonium, sponsi tantum et sponsae fiunt, non coniuges“, so soll dies offenbar dasselbe, wie bei Hugo, bedeuten, dass nämlich die Ausdrücke desponsatio, sponsi u. s. w. nur „uneigentliche“, nur für das Versprechen künftiger Ehe passende sind. Denselben Gedanken drückt Lombardus am Ende des § 11 ganz deutlich aus, wenn man den Zusammenhang des besseren Verständnisses wegen im Auge behält.¹ So scharf allerdings, wie bei Hugo, tritt der römisch-rechtliche Gesichtspunct nicht zu Tage. Immerhin kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch bei Lombardus der Gegensatz von desponsatio de praesenti und de futuro der des römischen Rechts zwischen Ehe und Verlobung sein soll.²

Nicht dagegen bedeutet die desponsatio de praesenti — wie Sohm meint³ — die Willenseinigung über die künftige eheliche Gemeinschaft, also eigentlich dasselbe, wie die desponsatio de futuro, sondern mit diesem Consense wird die Ehe geschlossen.⁴ Von einer solchen künftigen Lebensgemeinschaft kann und will Lombardus nichts wissen; denn er will ja gerade beweisen, dass die Ehe ausschliesslich und sogar unlöslich durch den Consens zu Stande komme, und das thut er gegenüber denjenigen, „qui asserunt verum coniugium non contrahi ante traditionem et carnalem copulam.“

Das Neue, aber auch zugleich Verwirrende in der Theorie bildet ausschliesslich die Terminologie. In der Distinguirung des Ausdrucks

¹ Sent. 4, 27 § 11 (Migne 192, 913): Sunt enim quaedam nuptialia pacta de futuro, ex quibus sponsi et sponsae vocantur, nec ex inde coniuges sunt. Et est pactio quaedam coniugalitatis de praesenti quae sponsum et sponsum etiam coniuges facit. Et utraque pactio desponsatio *vel sponsalia* interdum dicuntur; proprie tamen sponsalia dicuntur quaedam solemnia pacta nuptialia De nuptialibus pactis, ubi est tantum sponsio futuri, ait Augustinus Vgl. auch die dist. 28, welche zum Theil wörtlich aus Hugo, De sacram. II, 11 c. 5 (Migne 176, 486) entnommen ist.

² Vgl. auch Sent. 4, 29 § 2 (Migne 192, 916). Hier werden nuptiae und sponsalia in durchaus römisch-rechtlicher Weise unterschieden. In 4, 27 handelte es sich um die Auslegung der Stellen der doctores; in 4, 29 ist dies nicht der Fall, und darum wird hier die verwirrende Terminologie fortgelassen, denn nur in 4, 27 war „desponsatio“ zu distinguiren.

³ Vgl. unten § 81.

⁴ In ea vero desponsatione, ubi est consensus de praesenti coniugium contrahitur. Sent. 4, 27 § 9 (Migne 192, 913).

desponsatio und ähnlicher besteht aber gerade das Wesen der Distinction. Lombardus ist sich ja auch des eigentlichen Rechtsgedankens, der jener distinctio zu Grunde liegt, wohl bewusst geblieben. Schon vorher haben wir gezeigt, dass er bei einem coniugium nur „uneigentlich“ von desponsatio, sponsalia, sponsus u. s. w. spricht. Meistens gebraucht er dafür den Ausdruck: consensus de praesenti, consensus per verba de praesenti expressus, pactio coniugalit de praesenti, selten desponsatio habens consensum de praesenti; niemals jedoch finden sich die später so geläufig gewordenen Bezeichnungen: sponsalia de praesenti, sponsa de praesenti. Ein derartiges Verdunkeln des ursprünglichen Rechtsgedankens war einer späteren Zeit vorbehalten. Dagegen redet Lombardus mit Bezug auf das Versprechen künftiger Ehe wiederholt von sponsio, sponsio futuri, sponsus, sponsa. Wo einmal von „sponsa“ im Sinne der späteren sponsa de praesenti gesprochen wird, da ist regelmässig der Ausdruck mit directem Bezug auf die Ehe Josefs und Marias gewählt.¹

§ 14. Anhang: Bandinus.

I. Aus der Schrift des Lombardus ersahen wir, dass der Gegensatz zwischen der Lehre vom desponsatione initiatum, copula perfectum coniugium und der neuen Distinction ein offen erklärter ist.

Wir bemerkten auch, dass es sich bei diesem Gegensatze nur um die verschiedenen Sacramentslehren mit ihren Consequenzen handelte; dass dagegen bezüglich der Grundsätze über Eheschliessung vollkommene Uebereinstimmung herrschte.

Die Richtigkeit dieser Auffassung beweist eine Schrift, die man früher wohl für die echten Sententiae des Lombardus gehalten hat, und die man am besten als einen mit eigenen Zuthaten versehenen Auszug aus den Sententiae des Lombardus charakterisiren kann: Die sententiae des Bandinus.

Die Ehedefinition hat Bandinus aus Hugo und Lombardus entlehnt.² Als wirkende Ursache der Ehe betrachtet er, wie jene, den consensus non de futuro, sed de praesenti per huiusmodi verba expressus: Accipio te in virum, et ego te in uxorem.³ Der Gegenstand

¹ So vgl. Sent. 4, 26 § 6 (Migne 192, 910), oder Sent. 4, 27 § 5 (Migne 192, 911).

² Sentent. IV. dist. 26 (Migne 192, 1106): Est autem coniugium maritalis inter legitimas personas coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens.

³ ... in quo tam humana quam divina iura concordant. Dicit enim lex: Non dotibus sed affectu matrimonia contrahuntur. Et Isidorus: Consensus facit matrimonium, consensus de praesenti non de futuro matrimonium efficit. Item Nicolaus papa: Sufficit solus consensus secundum leges eorum, de quorum con-

des Consensus ist wie bei jenen dem Ehebegriffe entnommen. Mit diesen Sätzen des Lombardus bringt Bandinus die Theorie vom consensu initiatum und copula perfectum matrimonium in Verbindung durch die Behauptung: Mit dem charakterisirten Consense beginnt die Ehe, mit der copula wird sie perfect.¹

Man sieht: Bandinus erkennt sehr wohl, dass sich der Streit der verschiedenen Ansichten nur um das Verhältniss von Consens und copula, Ehe und Sacrament, nicht dagegen etwa um das Verhältniss von Verlobung und Trauung dreht. Der die Ehe bewirkende Consens ist nach Bandinus der des römischen Rechts, und wenn Bandinus ihn, wie Lombardus, als consensus de praesenti und gleichzeitig als den Consens des coniugium initiatum bezeichnen kann, so liegt darin ein Beweis für die vertheidigte Behauptung, dass beide Theorien in der Frage der Eheschliessung übereinstimmen und auf das römische Recht zurückweisen.

II. Uebrigens steht Bandinus bezüglich der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe trotz Reception des initiatum et perfectum matrimonium auf Seiten des Lombardus und begründet dies durch Annahme eines zweiten Sacraments, welches schon das initiatum matrimonium darstelle,² woraus sich dann auch der alte Satz erkläre, „Non dubium est, illam mulierem non pertinere ad matrimonium (scilicet quantum ad hoc signum), cum qua docetur fuisse non commistio sexus.“

Uebrigens hatte schon Hugo von St. Victor³ mit Rücksicht auf die

junctionibus agitur, qui si defuerit solus, caetera etiam cum ipso coitu celebrata frustantur.

¹ „Qui consensus est individuae vitae et coniugalis societatis invicem servandae (also Consens des römischen Rechtes), a quo nimirum coniugium initiatum, et in carnali copula perficitur. Ait enim Ambros.: Cum initiatum coniugium nomen asciscitur. Item Isidorus: A prima fide desponsationis verius coniuges appellantur. Quod autem in carnali copula perficiatur, ait Ambros., in omni matrimonio coniunctio intelligitur spiritualis, quam confirmat et perficit coniunctorum commistio corporalis. Item Hieronym. dicit: Dominus adulteria futura in coniugiis quae sponsali conventionem initiantur et corporum commistione perficiuntur. Ex his autem intelligere licet, quod coniugium sacramentum sit, et sacrum signum.

² Sent. 4, 26 (Migne 191, 1106).

³ De sacramentis christ. fidei II, 11 c. 5 (Migne 176, 487 ff.): Et Ambrosius similiter: Desponsata viro coniugio nomen accepit. Cum enim initiatum coniugium tunc coniugii nomen assumitur, in quibus verbis, sicut supra dictum est, si desponsationem accipimus in eo quando consensu maritali coniugium sancitur, recte tum ipsum coniugium inchoari et nomen coniugis assumi dicitur. Si autem desponsationem intelligimus in eo quod futurus ad coniugium faciendum consensus promittitur, tunc quidem coniugium in iis quae coniugium antecedunt, inchoari dicitur et ab inde est futura coniux.

Ambrosius-Stelle von einem *desponsatione initiatum matrimonium* gesprochen.¹ Auch hieraus ergibt sich, dass nur bezüglich der Sacramentslehre eine Verschiedenheit der Ansichten obwaltet.

Drittes Capitel.

Die *Distinction: desponsatione initiatum, copula perficitur coniugium* in Oberitalien.

§ 15. Gratian.

Schon bevor jene im vorstehenden Capitel geschilderte Reaction gegen die herrschende Theorie von der Wirkung der *copula* in der *ecclesia gallicana* eintrat, hatte sich die Lehre vom *consensu* oder, wie man mit Rücksicht auf Ambrosius und Isidor sagte, *desponsatione initiatum matrimonium*, jene vermittelnde Ansicht der fränkischen und älteren französischen Kirche, nach Bologna verpflanzt.¹ Ihre Consequenz, die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe wurde namentlich hier ausgebildet.

Wir beginnen mit Gratian.

Gratian hat sich — um das gleich hier zu bemerken — die vermittelnde Ansicht der älteren französischen Kirche: *consensu initiatum, copula perficitur matrimonium*, angeeignet. Möglicherweise hat er dieselbe aus Algerus von Lüttich² entnommen.

Die *sedes materiae* ist die der *dist. 27 lib. 4* der *Sententiae* des Lombardus nachgebildete *C. 27 q. 2*. Wie Gratian selbst bemerkt, handelt sie von der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe durch eine nachfolgende vollzogene.

Die *Causa* zerfällt in vier Theile.

Der erste beginnt mit der Ehedefinition des römischen Rechtes und mit der Behauptung, dass der *consensus* die *efficiens causa matrimonii* sei, was bewiesen wird durch die Stellen des Pseudo-Chrysostomus und Nikolaus.³ Hierauf folgt ein *dictum* über den Inhalt dieses Consenses. Das Resultat ist, wie bei Lombardus: Der Consens ist gerichtet auf die Herstellung der *individua vitae consuetudo*. Als Beweis dient, wie bei Lombardus, namentlich die Ehe Marias.⁴ Dann folgen die drei berühmten Stellen des Ambrosius, Isidor und Augustin,⁵ sowie verschiedene

¹ Vgl. oben S. 57.

² *Liber. sent. c. 60*. Hüffer, a. a. O. S. 15.

³ Vgl. *Lomb. Sent. 4, 27 § 2—4*.

⁴ Vgl. *Sent. 4, 28 § 3*.

⁵ Vgl. *Lomb. Sent. 4, 27 § 5*.

andere, wodurch nach Gratian der Beweis geliefert werden soll,¹ dass nach dem Consense bereits coniugium vorhanden sei.

Hieran schliesst sich der zweite Theil. Dieser bringt die entgegengesetzte, strenge Ansicht Hincmar's: dass nur die *côpula* die Ehe bewirke. Belege sind die beiden bekannten Stellen von Augustin und Leo,² und zwar wohlbemerkt bloss diejenigen, nach welchen vor der *copula* überhaupt keine Ehe vorliegt, nicht dagegen die Augustin zugeschriebene Aeusserung, nach welcher mit der *copula perfectum coniugium* vorhanden ist. Zum weiteren Beweise werden Stellen herangezogen, welche das coniugium als untrennbar hinstellen,³ und zum Gegenbeweise verschiedene Beispiele und Quellenbelege für die Lösbarkeit der unvollzogenen Ehe angeführt. Gratian gelangt hierdurch zu dem Schlusse, dass die in unvollzogener Ehe Lebende (*sponsa*) keine *coniux* sei.

Diesen in den Quellen⁴ scheinbar bestehenden Widerspruch löst er im dritten Theile durch eine *Distinction*, aber nicht durch diejenige zweier *desponsationes*, sondern durch die schon längst bekannte Lehre vom *desponsatione initiatum*, *copula perfectum coniugium*. Auch das *initiatum coniugium* ist eine Ehe — weil Ambrosius es ja als solche bezeichnet —, aber es ist noch nicht perfect, sacramental — weil Augustin und Leo die Bedeutung der *copula* hervorheben.⁵ Da aber Gratian nicht wie Lombardus zwei Sacramente kennt, sondern nur das durch die *copula* dargestellte, und er weiterhin ebenfalls nur die sacramentale Ehe für unlösbar hält,⁶ so folgt für ihn mit logischer Nothwendigkeit der Satz, dass die unvollzogene Ehe gelöst werden kann.

Als Auflösungsgründe treten nur hervor: *Votum*, *Impotenz* und eine nachfolgende vollzogene Verbindung; wenngleich Gratian, wie die Schule von Bologna, offenbar noch weitere⁷ gekannt hat. Keineswegs aber darf die unvollzogene Ehe wegen jedweden Grundes gelöst werden, und der Erörterung dieses Punctes dient der vierte Theil. So macht der *raptus* eine Ausnahme; auch sind *benedicirte Sponsalien* unlöslich. Dass aber diese Ausnahmen nur durch specielle Quellenzeugnisse veranlasst sind, zeigt die ganz verunglückte Interpretation in dict. § 2 nach c. 50 C. 27 q. 2.

¹ Vgl. Lomb. Sent. 4, 27 § 10 für dictum nach c. 10, für c. 11. 12. 14. 15. C. 27 q. 2.

² Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 44 Anm. 2, S. 34 Anm. 1.

³ Vgl. bezüglich c. 19. 21. 22. 23. 24. 26 C. 27 q. 2. Lomb. Sent. 4, 27 § 8.

⁴ Vgl. dictum nach c. 34 eod. ⁵ Vgl. dictum nach c. 39 eod.

⁶ Dict. nach c. 39 C. 27 q. 2 § 1.

⁷ Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 50.

Uebrigens wurden in der späteren Doctrin diese beiden Ausnahmen fallen gelassen.¹

II. Gratian's C. 27 q. 2 verfolgt also denselben Zweck, wie die dist. 27 des Lombardus; sie sucht eine Vermittelung scheinbar widersprechender Quellenstellen durch eine Distinction herbeizuführen. Wer hier etwas Neues über Eheschliessung, über das Verhältniss von Verlobung und Eheschliessung zu finden hofft, geht vollständig fehl. Abgesehen von dem grundlegenden Satze, dass der römische Eheconsens die Ehe bewirke,² ist hier ebensowenig von Eheschliessungsrecht die Rede, wie bei Lombardus.

Weiterhin kann es keinem Zweifel unterliegen, dass Gratian die Ausdrücke *desponsatio*, *sponsa* u. s. w. nur mit Rücksicht auf die alten Beweisstellen des Ambrosius anwendet. Man sehe doch nur das dictum, mit welchem Gratian zum dritten Theile überleitet, das dictum nach c. 39 u. s. w. Es ist hier ganz derselbe Gedanke, welcher Lombardus zu seiner Distinction mit den Worten übergehen lässt: „*Et secundum hanc distinctionem desponsationis de sponsis varie loquuntur doctores.*“

Dass endlich Gratian in dieser quaestio unter sponsi die in unvollzogener Ehe lebenden Personen sich vorstellt, folgt aus der ganzen Geschichte der Distinction, und für Gratian speciell noch aus den für die Auflösung der *desponsatio* gewählten Beispielen, die Ehen des Macharius und Alexius, die Gratian neben *desponsationes* auch *nuptiae* nennt,³ und aus den weiteren Belegen z. B. Auflösung durch Impotenz.⁴ Daher auch die Charakterisirung der Impotenz als Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe mit der bekannten wichtigen Consequenz.⁵

Neben jenen Stellen des Ambrosius, Isidor u. s. w., kommt auch der Gebrauch der Worte *desponsatio*, *sponsi* für die Ehe Josefs in Betracht; denn diese steht auch bei Gratian im Vordergrunde.⁶ Dass Gratian mit seiner Distinction den Quellen bisweilen ebensolche Gewalt anthut, wie Lombardus mit der seinigen, kümmert ihn ebensowenig wie diesen. Scheinbare Beweise für die Ansicht des ersten wie des

¹ Vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 48 Anm. 2. Deshalb und nur deshalb nimmt die Summa Coloniensis (Abdruck bei Scheurl, Eheschl. S. 169) einen Gegensatz zwischen Gratian und der Schule von Bologna an.

² Dass Gratian diese Ansicht vertrat, bestreitet Ficker, a. a. O. II. Ergänzungsband S. 71 ohne Grund, zumal er bezüglich Paucapalea und Rolandus das Richtige trifft.

³ Dictum nach c. 26 C. 27 q. 2. Vgl. Lomb. Sent. 4, 27 § 7.

⁴ Vgl. z. B. dictum nach c. 28 C. 27 q. 2, c. 29 eod.

⁵ Vgl. dict. nach c. 29 C. 27 q. 2; dict. § 1 vor c. 1 C. 33 q. 1; dict. nach c. 3 C. 33 q. 1.

⁶ Dict. § 2 nach c. 29 C. 27 q. 2; dict. nach c. 39 eod.

zweiten Theiles, sowie für seine vermittelnde Distinction zu häufen, war die Aufgabe. Wenn nur mit Rücksicht auf die Ehe Marias oder die Stelle des Ambrosius der Ausdruck *desponsata* oder ein ähnlicher vorkam, so wurde die Stelle verwerthet, gleichviel, ob der ursprüngliche Sinn derselben es zuliess oder nicht. War doch Gratian überzeugt, dass er von seinen kritiklosen Zeitgenossen ebensowenig missverstanden werden würde, wie Lombardus; handelte es sich doch lediglich um eine dogmatische Streitfrage.

III. Die Bedeutung der C. 27 q. 2 besteht zunächst darin, dass sie die erste ausführlichere wissenschaftliche Anwendung der Lehre vom *desponsatione initiatum matrimonium etc.* zur Interpretation scheinbar widersprechender Quellenstellen bildete, wie die Distinction des Lombardus die erste solche Anwendung der Verlöbniß-Unterscheidung Hugo's.

Gratian und Lombardus sind die eigentlichen Schöpfer der beiden entgegenstehenden Distinctionen. Es ist daher auch erklärlich, dass beide in den Schriften ihrer Zeitgenossen als Repräsentanten derselben auftreten.

IV. Bei der vorstehenden Darstellung bin ich davon ausgegangen, dass Gratian Lombardus benutzt hat. Man hat zwar neben anderen Gründen¹ aus der Thatsache, dass Gratian die Sponsalientheorie nicht erwähnt, das Gegentheil schliessen wollen.² Die Schlussfolgerung ist aber deshalb verfehlt, weil sich die Sponsalientheorie schon bei Hugo von St. Victor nachweisen lässt, ferner auch deshalb, weil man mit demselben Rechte dann aus der Nichterwähnung der Distinction vom *initiatum* und *perfectum coniugium* bei Lombardus schliessen müsste, dass er das Decret Gratians nicht gekannt habe.³ Die C. 27. q. 2 Gratian's macht viel weniger den Eindruck des Originals als die dist. 27, sie ist erstens viel breiter gehalten, und was vor allen Dingen durchschlägt, Gratian bringt in dictum § 2 nach c. 39 C. 27 q. 2 noch eine zweite Distinction: die *mos scripturae*, welche Lombardus ausdrücklich erwähnt.⁴ Ist es nun wohl anzunehmen, dass Lombardus die eigentliche, wichtigere Distinction Gratian's übersehen habe, wenn er die an zweiter Stelle erwähnte und in Zukunft auch nicht weiter vertretene Distinction ausführlich behandelt?

¹ Vgl. Geschlechtsgemeinschaft S. 47 Anm. 2.

² Scheurl, Eheschl. S. 80.

³ Man missverstehe mich nicht: Lombardus hat allerdings die Lehre vom *consensu initiatum, copula perfectum coniugium* erwähnt, aber nicht die Anwendung dieser Theorie als Distinction im technischen Sinne des Wortes. Als gegnerische Unterscheidung zur Auflösung der scheinbar widersprechenden Stellen nennt Lombardus nur die Bezugnahme auf die Ausdrucksweise der Schrift.

⁴ Sent. 4, 27 § 6.

Da zweifellos einer von beiden dem anderen als Quelle gedient haben muss,¹ so folgt, dass Gratian die Sponsaliendistinction gekannt hat,² wenn es auch auffällig bleibt, dass er sie nicht erwähnt.³

Wenn man die C. 27 q. 2 mit Sent. 4, 27 und 26 vergleicht, so zeigt sich sogar, dass Gratian absichtlich Alles fortgelassen hat, was auf die Distinction des Lombardus Bezug hat.

Sogleich das dictum § 1 vor c. 1. C. 27 q. 2 ist charakteristisch. Gratian beginnt mit der Ehedefinition des Lombardus (Sent. 4, 27 § 2), in welcher jedoch die Worte „*legitimae personae*“ fehlen, und bezeichnet, wie dieser (a. a. O. § 3), den Consens als Eheschliessungsfactor; dann springt er aber sofort zu den Belegen über, welche wieder mit den bei Lombardus angeführten übereinstimmen. Dies ist deshalb bedeutungsvoll, weil Lombardus in dem übergangenen Theile des § 3 den Eheschliessungswillen näher als den *consensus per verba de praesenti* (*accipio te etc.*) *expressus* bezeichnet hatte. Ganz besonders aber ist in dieser Beziehung auch auf c. 3 C. 27 q. 2 hinzuweisen.⁴

Man kann sich diesen auffallenden Umstand vielleicht aus dem Gegensatze, der zwischen den beiden Ansichten und ihren Vertretern herrscht, erklären, oder aber auch so, dass Gratian sich auf eine Auseinandersetzung über die neuen Sacramentslehren von Hugo und Lombardus nicht hat einlassen wollen⁵ und sich daher mit der Darlegung seiner eigenen Meinung begnügt hat.

Seine Ansicht weicht ja von der des Lombardus im Grunde nur in der Sacramentslehre ab; denn Gratian hat von Lombardus ausdrücklich den Satz übernommen, dass der *consensus* die *causa efficiens matrimonii* sei und zwar der Consens gerichtet auf die *individua vitae consuetudo*. Es war dies der Consens des römischen Rechtes, aber, wie

¹ Vgl. oben S. 81.

² Man war bisher anderer Ansicht. Vgl. Sohm, Eheschliessung S. 111; Scheurl, Eheschl. S. 80; Freisen, Archiv. 53, 384 ff.

³ Dass dies auf die Frage der Priorität keinen Einfluss übt, habe ich vorhin hervorgehoben.

⁴ Das dictum vor c. 3 und c. 3 selbst sind zusammengestellt aus Lombardus 4, 27 § 3 (bei Gratian von: *Sed quaeritur quis — violati*; einige Worte fehlen übrigens bei Gratian); 4, 30 § 2 (Gratian von: *Sicut Aug. ait — § 1 von c. 3*) und 4, 27 § 3. Hier bringt nämlich Gratian einige Bruchstücke aus Lombardus 4, 27 § 3 über den Inhalt des Consensus. In diesem Punkte stimmt er mit Lombardus überein. Letzterer knüpft hier Erläuterungen über die Sponsaliendistinction an, Gratian dagegen gedenkt derselben mit keinem Worte.

⁵ Dies wäre erforderlich gewesen, da die Sacramentstheorie die Distinction des Lombardus überhaupt erst verstehen lässt.

wir uns erinnern, auch gleichzeitig der von Hugo von St. Victor im Gegensatze zum *consensus copulae* in die Doctrin wiederum eingeführte und von Lombardus vertheidigte. Er war aber weiter derselbe, welchen Hugo, Lombardus und Bandinus als *consensus de praesenti*, *desponsatio de praesenti* bezeichnet hatten. Das Eheschliessungsrecht Gratian's ist im Wesen dasjenige des Lombardus. Die Uebereinstimmung geht aber noch weiter. Gratian nennt den römischen Eheconsens *desponsatio*; wenn es weiterhin keinem Zweifel unterliegen kann, dass Gratian auch die *sponsalia* des römischen Rechtes, d. h. als Versprechen künftiger Eheschliessung gekannt hat,¹ so unterscheidet also auch er eigentlich zwischen *desponsatio*, Eheschliessung, und *sponsalia*, Verlobung im römisch-rechtlichen Sinne. Dieser Unterschied ist aber bei Gratian kein ausdrücklich zugestandener;² wo in C. 27 q. 2 von *desponsatio*, *sponsa* im Gegensatze zur *copula* gehandelt wird, da ist stets nur die eine „*desponsatio*“ gemeint, welche die Ehe bewirkt, denn die in Frage kommenden Stellen waren durch die Distinction vom *desponsatione initiatum* und *copula perfectum matrimonium* zu interpretiren, nicht dagegen durch die *Sponsalien-Distinction*.³

Gratian will in diesen sämtlichen, zum Beweise der Auflösbarkeit unvollzogener Ehen zusammengetragenen Stellen nur „eine“ *desponsatio*, welche den Ausdruck für *consensus* bildet, finden; diese *desponsatio* kann er deshalb nicht *desponsatio de praesenti* nennen, weil von einer solchen doch nur im Gegensatze zur *desponsatio de futuro* gesprochen werden konnte, und damit die Distinction des Lombardus recipirt worden wäre. Wenn irgend etwas die Gratian'sche „Distinction“ als solche kennzeichnet, so ist es der Umstand, dass er die Unterscheidung zweier *desponsationes* — trotzdem er sie thatsächlich vorträgt — nicht erwähnt.

V. Alle sonstigen Aussprüche Gratian's liefern schlagende Beweise

¹ Dict. vor c. un. C. 30 q. 2; c. 3 C. 30 q. 5; c. 4. 5. 9. 10 C. 36 q. 2.

² Genau wie bei Ivo. Vgl. oben S. 59.

³ Wenn Gratian, wie Lombardus, ohne Kritik seine Distinction auf Stellen ausgedehnt hat, die von echten Verlöbnissen handeln, so findet das seine Erklärung in der Schreibweise der Zeit. Wenn man in C. 27 q. 2 — unberechtigter Weise — eine wissenschaftliche Arbeit in unserem Sinne erblickt, so kann man natürlich in ihr für die verschiedensten Ansichten Unterstützung finden. Man übersieht aber hierbei, dass die C. 27 q. 2 unter ganz anderen wissenschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet werden muss. In Kritiklosigkeit den Quellen gegenüber steht Gratian unter seinen Zeitgenossen obenan. Nur wenn man dies festhält und sich durch keinen Widerspruch, welchen der Inhalt irgend einer Belegstelle mit sich bringen könnte, beirren lässt, ist man im Stande, den Gedankengang der C. 27 q. 2 richtig zu erfassen.

für die Richtigkeit des im vorstehenden Vorgetragenen. Ich will vor allen Dingen hier auf dictum zu C. 29 q. 1, und dictum § 1 vor c. 1 C. 33 q. 1 verweisen.¹ Sämmtliches Material aber, welches aus Gratian's Decret irgendwie herangezogen werden könnte, wird im Verlaufe der Darstellung besprochen werden.

§ 16. Abweichende Ansichten über Gratian.

I. Scheurl.² Nach der Meinung Scheurl's betrachtet Gratian die desponsatio als blosse Ehebegründung, nicht als Eheschliessung. „Die desponsatio ist nicht der Entstehungsgrund der Ehe, sondern nur die Bedingung dafür, dass durch die geschlechtliche Vereinigung eine Ehe entsteht.“³ Als Beweis wird zuerst das dictum zu c. 45 C. 27 q. 2 angeführt. Aber dieses dictum vertritt nicht die eigentliche Ansicht Gratian's. Es ist aus Lombardus Sent. 4, 27 § 8 i. f. entnommen. Der dort von Lombardus mitgetheilte, einzige Erklärungsversuch der widersprechenden Stellen läuft darauf hinaus, die copula als causa matrimonii hinzustellen. Letzteres war die von Gratian im zweiten Theile der C. 27 q. 2 referirte Meinung. Seine eigene Ansicht ging aber, wie wir sahen, auf eine Vermittelung der in den beiden ersten Theilen vorgetragenen Anschauungen, nicht dagegen auf eine Reception der Meinung des zweiten Theiles.⁴

Die Ausführung in dict. § 2 zu c. 39 C. 27 q. 2 bringt auch nicht die eigentliche Distinction Gratian's, denn daselbst wird der oben von Lombardus referirte Erklärungsversuch mitgetheilt. Mit den Worten „potest et aliter distingui“ (§ 2 dict. zu c. 39 C. 27 q. 2) geht Gratian zu dieser zweiten Erklärung über, welche ihn bis dict. zu c. 45 C. 27 q. 2 beschäftigt. Es geschieht dies nur der Vollständigkeit halber, entspricht aber weiterhin auch durchaus der Methode der

¹ Hic autem ita respondetur: Coniugium confirmatur officio, ut supra probatum est; postquam vero officio confirmatum fuerit, nisi causa fornicationis, non licet viro uxorem dimittere, vel uxori a viro discedere. Verum antequam confirmetur, impossibilitatis officii solvit vinculum coniugii. Vgl. ferner dict. nach c. 17 C. 28 q. 1, dict. nach c. 11 C. 30 q. 5, über andere Stellen unten.

² Ich behandle Scheurl zuerst, weil sich dabei noch auf verschiedene Stellen des Decrets eingehen lässt, die bisher nicht besprochen waren; wir haben alsdann einen Einblick in alle einschlagenden Stellen des Decrets gewonnen und können so gerüstet zu den weiteren Ansichten Stellung nehmen.

³ Eheschliessung S. 61.

⁴ Deshalb unrichtig auch Dieckhoff, Die kirchliche Trauung. Rostock 1878. S. 125 ff.

Scholastiker: „verschiedene Lösungen unvermittelt neben einander zu stellen.“¹

Der § 3 des dict. nach c. 45 C. 27 q. 2 „sed concedatur quod sponsa non sit coniux“ will daher auch nicht etwa sagen: es besteht ein Unterschied zwischen Verlobung und Eheschliessung, sondern: es besteht ein solcher zwischen vollzogener und unvollzogener Ehe. Denn nur um die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe handelt es sich in der quaestio; die der Verlöbnisse hätte keiner Erörterung bedurft.²

Dass endlich nur die in § 1 dict. zu c. 39 C. 27 q. 2 mitgetheilte Distinction von Gratian vertreten wird, beweisen das dict. § 1 vor c. 1 C. 33 q. 1 und die Aussprüche der Zeitgenossen,³ welche die Distinction vom consensu initiatum, copula perfectum matr. als die Distinction Gratian's im Gegensatz zu der des Lombardus bezeichnen.

Die c. 33 und 34 C. 27 q. 2, auf welche sich Scheurl weiter beruft,⁴ handeln von echten Verlöbnissen, wie Gratian ja solche Stellen bloss, weil in ihnen die Ausdrücke desponsatio, sponsa vorkamen, gedankenlos verwerthete.⁵ Ausserdem stellen sie auch nicht, wie Scheurl glaubt, das nach Gratian's Meinung „geltende Recht“ dar; denn sie stehen im zweiten Theil der quaestio, der bekanntlich den Ansichten Gratian's nicht entspricht. Derartige aus dem Zusammenhange herausgerissene Stellen (canones) beweisen für Gratian überhaupt nichts.

Weiterhin glaubt Scheurl Gratian's Auffassung der einfachen desponsatio als blosser Ehebegründung, nicht Eheschliessung daraus nachweisen zu können, dass Gratian die desponsatio als trennendes Privathinderniss nur bei hinzugekommener Trauung und Benediction habe gelten lassen.

Diese Thatsache ist zwar an und für sich richtig, die Schlussfolgerung aber verfehlt. Es handelt sich, wie Scheurl selbst zugiebt, in der quaestio um die Frage, ob die unvollzogene Ehe durch eine nachfolgende vollzogene gelöst werden könne. Bei dieser Gelegenheit wird überhaupt von der Lösbarkeit der unvollzogenen Ehe gesprochen und werden drei Auflösungsgründe genannt. Am „Schluss“ der quaestio wird dann als Ausnahme die Benediction der ersten Ehe bezeichnet. Die benedicirte unvollzogene Ehe ist unlöslich. Damit ist aber doch noch nicht gesagt, dass vor der Benediction die Ehe noch nicht geschlossen

¹ Vgl. Thaner, Vorrede zur Ausgabe der Summ. Rolandi S. V. XXIX. XLIII. Richtig: Sohm, Trauung und Verlob. S. 69 Anm. 13.

² Vgl. auch Summa Colon. § 9. 14. 23. 29. 37 (bei Scheurl, Eheschl. S. 165 ff.).

³ Vgl. unten S. 94.

⁴ a. a. O. S. 69.

⁵ Darüber, dass Gratian den römischen Begriff der Sponsalien gekannt hat, vgl. oben S. 86.

sei. Der Ausdruck *desponsatio* hat eben auch hier wieder Verwirrung angerichtet. Als diese Frage zum ersten Male von Hugo von St. Victor behandelt wurde, da war nur von einem *consensus individuam vitae consuetudinem retinendi* und einem dadurch geschlossenen *coniugium* die Rede, welches durch ein später vollzogenes *coniugium* gelöst werden solle.¹ Seit Lombardus wird der Ausdruck *desponsatio*, sponsa üblicher und bei Gratian schon wiederholt angewendet; der Sinn ist aber der frühere.

Das dictum nach c. 17 C. 28 q. 1 „*inter fideles vero ratum coniugium est, quia coniugia, semel inita inter eos, alterius solvi non possunt*“ scheint den übrigen Ausführungen Gratian's zu widersprechen, wenn man *inita* im Sinne von *desponsatione initiata* fasst. Aber der Widerspruch ist nur scheinbar. Denn principiell ist ja auch die unvollzogene Ehe nicht löslich, wenigstens nicht jedes beliebigen Grundes wegen. Beim *perfectum matrimonium* ist aber eine Trennung vollständig ausgeschlossen. Der Gegensatz, der in dieser Stelle zwischen den *matrimonia fidelium* und *infidelium* gefunden wird, ist, dass das *coniugium* der Ungläubigen aus irgend welchem beliebigem Grunde (*dato libello repudii*) löslich und daher eben nicht *ratum* ist; die Verbindungen der Gläubigen dagegen sind immer *rata*, selbst wenn sie ohne die üblichen Formalitäten, durch einfachen Consens geschlossen sind (*non legitima, aber rata matrimonia*).

Anders versteht Scheurl in diesem dictum das „*inire*“. Er bemerkt:² „Offenbar soll das „*inire*“ etwas mittleres zwischen der *initiatio* (durch das eigentliche Verlöbniß) und der *perfectio* (durch die *copula carnalis*) bezeichnen: das Eingehen oder Schliessen der Ehe im engeren Sinne.“

Dies ist nicht zutreffend: denn *Initiare* ist schon Eheschliessung.

Endlich ist noch das dictum zwischen c. 19 und 20 D. 34 in Betracht zu ziehen: Wenn Jemand eine Frau, welche in einer unvollzogenen Ehe gelebt hat, ehelicht, so wird er nicht irregulär (wegen *bigamia interpretativa*); anders, wenn die Ehe vollzogen war. Die unvollzogene Ehe wird „*sponsalia*“ genannt, dies entspricht dem in C. 27 q. 2 entwickelten Satze, dass die *desponsatio* Eheschliessung ist; hier

¹ Vgl. die Ausführungen *De sacram. christ. fidei* II, 11 c. 5 (Migne 176, 485 ff.): ... Unde constat quod si vir vel mulier post talem consensum ad alienam societatem transierit, etiamsi commistio carnis illic sequatur, ad priorem tamen societatem, in qua sacramentum coniugii sancitum est, et postquam secunda copula illicita omnino iudicatur, redire debet ... quia post talem consensum quidquid in aliena societate, etiam cum carnis commistione, vel cum prolis procreatione secutum fuerit, irritum omnino esse debet.

² Eheschl. S. 65.

werden bloss die beiden Momente *desponsatio* und *copula* entgegengesetzt; die *traductio* und *benedictio* gelten allerdings, wie aus der Stelle weiter hervorgeht, als etwas die Festigkeit des Bandes Steigerndes — vgl. auch *dictum* nach c. 50 C. 27 q. 2 am Ende —, aber keineswegs stehen sie zur *desponsatio* in dem Verhältnisse von Eheschliessung zur Ehebegründung;¹ denn sonst könnte doch überhaupt nicht von einer Ehe, einer *uxor*, einer *vidua* die Rede sein. Die Verweisung Scheurl's S. 64 auf den Sprachgebrauch der Schrift trifft, wie oben gezeigt, bei Gratian nicht zu. *Traductio* und *benedictio* sind nach diesem *dictum* zweifelsohne für die Eheschliessung ohne Bedeutung.² Scheurl wirft (a. a. O. S. 68) die Frage auf, wie sich die „Anerkennung der *desponsatio* als Schliessung eines *ratum matrimonium*“ mit *dict.* zu c. 34 C. 27 q. 2³ und *dict.* § 1 zu c. 50⁴ reimen lasse? Gratian müsse hier die Unterscheidung einer doppelten Art von *desponsationes*, ohne dass sie ihm ausdrücklich zum Bewusstsein gekommen sei, vorgeschwebt haben. Nach dem oben Vorgetragenen ist dies unzutreffend.

Es besteht endlich auch zwischen der C. 30 q. 5 und der in C. 27 q. 2 entwickelten Ansicht Gratian's nicht der von Scheurl angenommene Widerspruch. In der C. 30 q. 5 wird nicht gesagt, dass die einfache *desponsatio* eine unlösbare Ehe sei, sondern bloss, dass dieselbe, auch wenn sie heimlich geschlossen, aber doch beweisbar sei, ein Hinderniss für eine andere *desponsatio* bilde, und nicht durch eine solche zweite *desponsatio* gelöst werden könne. In C. 27 q. 2 handelt es sich um die Auflösung der unvollzogenen Ehe durch nachfolgende vollzogene Verbindung; in C. 30 q. 5 standen sich zwei unvollzogene, durch *desponsatio* (*sc. de praesenti*) geschlossene Verbindungen gegen-

¹ Das Gleiche ist auch von *dict.* zu c. 29 C. 27 q. 2 zu sagen; a. A. Scheurl S. 64 unten.

² Uebrigens wendet Lombardus auch auf die *bigamia interpretativa* die Unterscheidung des *consensus* (*desponsatio*) *de praesenti* und *de futuro an*. Wer eine *sponsa quae tantum in futuro est pacta* nach dem Tode ihres *sponsus* ehelicht, wird nicht irregulär; wohl dagegen, wenn „*consensus de praesenti intervenisset*“. Diese Entscheidung hängt mit der neuen Sacramentstheorie zusammen. (Vgl. auch Sachsse, *Defectus sacramenti*. Berlin und Leipzig. 1881. S. 34 ff. und Alberto del Vecchio, *Le seconde nozze del conjuge superstita*. Firenze 1885. S. 267), wie umgekehrt die dem geltenden Rechte entsprechende Entscheidung Gratian's auf der herrschenden Sacramentslehre beruhte.

³ „*Inter sponsum et sponsam coniugium est sed initiatum, inter copulatos est coniugium ratum.*“

⁴ Gratian glaubt, sich den Ausspruch des Papstes Eusebius: *desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere*, nur dadurch erklären zu können, dass er unter *desponsata* die *velata et benedicta* versteht.

über, von denen die eine heimlich, die andere öffentlich geschlossen war.¹

II. Sohm. Das Resultat meiner Untersuchung ist äusserlich dasjenige Sohm's. Auch ich halte dafür, dass Gratian die desponsatio als Eheschliessung betrachtet. Aber ich fasse dieselbe im Sinne weder der römisch-, noch der deutsch-rechtlichen Verlobung, sondern im Sinne der Hugo-Lombardus'schen desponsatio auf, d. h. der durch die Kanonisten als Bezeichnung für den römisch-rechtlichen Eheconsens erfundenen desponsatio, der desponsatio canonica.

Nach Sohm ist die kanonische desponsatio mit der deutschen Verlobung, und das kanonische Sponsalienrecht mit dem deutschen Verlöbnißrechte identisch.² Abgesehen von den oben erbrachten Beweisen für das Gegentheil möge bloss auf Folgendes noch hingewiesen werden: Bei Gratian handelt es sich nirgends um Bestimmungen für das geltende Eheschliessungsrecht — dafür fehlte es ihm an jedem Interesse, weil die Kirche, welche die Ehegerichtsbarkeit nicht besass, ein solches Recht aufzustellen noch nicht unternommen hatte —, sondern um eine Distinction zum Beweise der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe. Da lag es auf der Hand, dass er sich, wie seine Zeitgenossen, bezüglich der Grundbegriffe auf das ausgebildete und ihm selbst geläufige römische Recht stützte. Die Identität des Eheschliessungsrechtes Gratian's mit dem deutschrechtlichen soll nach Sohm daraus folgen, dass nach beiden die durch desponsatio geschlossene Verbindung eine Ehe mit negativen Wirkungen sei, welche erst durch die thatsächliche Vollziehung der ehelichen Gemeinschaft (bei Gratian: copula) die positiven Wirkungen erlange.³ Von dieser Begriffsbestimmung ist bei Gratian nichts zu finden. Im Gegentheil man könnte nach seiner Darstellung die negativen Wirkungen der Ehe weit eher mit der vollzogenen Ehe verbunden wännen. Bekanntlich behandelt die C. 27 q. 2 die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe. Diese letztere äussert noch nicht die negative Wirkung, dass eine Auflösung durch eine vollzogene Verbindung unmöglich ist; diese wichtige Wirkung tritt erst mit der copula ein. Das matrimonium initiatum ist eine — vom Sacramente und von der damit verbundenen vollständigen Unlöslichkeit abgesehen — vollwirksame Ehe. Richtig ist allerdings, was Sohm behauptet,⁴ dass die desponsatio weder Trauung noch copula carnalis bedeutet, aber ebenso wenig ist sie mit der deutschen Verlobung identisch.

¹ Der Schwerpunkt liegt in der Beweisfrage. Dict. nach c. 11 C. 30 q. 5.

² Vgl. Eheschl. S. 115.

³ Trauung S. 62.

⁴ Trauung S. 68.

Die desponsatio Gratian's ist ferner nicht, wie Sohm meint,¹ die Willenseinigung über künftige eheliche Lebensgemeinschaft, sondern die Willenseinigung über gegenwärtige eheliche Gemeinschaft, Eheconsens des römischen Rechts, uneigentlich — der Distinction halber — desponsatio genannt. Alle Consequenzen, welche Sohm aus der Bezeichnung „desponsatio“ zieht, fallen damit zusammen.

III. Friedberg. Meine Ausführungen weichen in Einzelpuncten von denjenigen Friedberg's² nicht unwesentlich ab, stimmen aber in den Grundgedanken mit ihnen überein, so dass eine Auseinandersetzung unnöthig sein dürfte.

IV. Dieckhoff hat den Distinctionscharakter in der Quaestio übersehen. Gratian soll die Erklärung Nikolaus I., dass der blosse Eheconsens genüge, mit dem biblischen Verlöbnißrechte und den dadurch bedingten Aussprüchen der Väter identificirt³ und infolge dessen das römische Eheschliessungsrecht abgeändert haben.⁴ Verlöbniß (und zwar ohne Unterschied zwischen consensus sponsalicius und consensus nuptialis) und copula carnalis seien die Acte, welche nach Gratian die Ehe constituirten; beide Acte seien erforderlich, da einerseits der coitus nur auf Grund des vorhergehenden Verlöbnisses die Ehe begründe und andererseits das Verlöbniß zwar den Grund zur Eheschliessung lege, aber die Schliessung der Ehe noch nicht zur vollendeten Thatsache bringe, noch nicht die nach Gottes Gesetz unauflösliche Ehe selbst begründe.⁵

Ich darf hiergegen wohl auf die obige Darstellung verweisen. Die „desponsatio“ Gratian's hat mit „Verlöbniß“ nichts zu schaffen, die Gleichstellung von consensus sponsalicius und consensus nuptialis ist nirgends bei Gratian ausgesprochen. Die fernere Behauptung Dieckhoff's, Gratian habe die Unauflösbarkeit des Verlöbnisses darthun wollen,⁶ ist unerwiesen: ein solcher Beweis wäre ganz überflüssig gewesen.

V. Freisen's Ansicht über Gratian's Eheschliessungsrecht ist folgende: Zum Eheschlusse ist die desponsatio (consensus mutuus) und

¹ Eheschl. S. 116. ² Verlob. S. 27 ff.

³ Die kirchliche Trauung. Rostock 1878. S. 116.

⁴ a. a. O. S. 123.

⁵ a. a. O. S. 129. — Hiernach und noch mehr nach S. 85 hat es den Anschein, als ob Dieckhoff wie Freisen als Eheschliessungsact die copula bezeichnen wolle. S. 85 heisst es: „Noch nach dem Decret des Gratian galt das eheliche Band durch das Verlöbniß zwar anfänglich begründet (matrimonium initiatum), aber erst durch die nachfolgende copula carnalis für vollzogen, so dass die nach Gottes Gesetz unauflösliche Ehe nicht schon durch das Verlöbniß, sondern erst durch die nachfolgende copula carnalis in Wirklichkeit trat.“ Es fehlt hier nur noch die Bemerkung: „es giebt nur unauflösliche Ehen“, so liegt die sofort zu besprechende Freisen-Meurersche Ansicht vor uns.

der coitus erforderlich; die desponsatio (voluntas) ist nicht causa efficiens matrimonii, sondern die unerlässliche Bedingung dafür, dass durch den coitus eine Ehe entsteht; der coitus ist die causa efficiens matrimonii, die desponsatio die conditio sine qua non für die Wirkung.¹

Dieses Resultat wäre richtig, wenn Freisen in den vorstehenden Sätzen das Wort „Ehe“ präcisirt hätte in „unauflösliche Ehe“. Zum Zustandekommen des matrimonium ratum ist allerdings sowohl desponsatio wie coitus erforderlich, nicht dagegen zum Entstehen der nicht-sacramentalen, auflösliehen Ehe. Für letztere ist der Consens die causa efficiens. Die copula bewirkt also, genau ausgedrückt, nicht die sacramentale Ehe, sondern die Sacramentalität der bereits bestehenden Ehe. Gratian trennt eben Eheschliessung und Sacrament, im Gegensatze zu Hugo und Lombardus, bei denen diese Begriffe zusammenfallen.²

Allerdings würde die Behauptung Freisen's, dass nach Gratian jede christliche Ehe unauflöslich sei, direct auf die copula als Eheschliessungsfactor hinführen, denn dann wäre ja nur das perfectum coniugium überhaupt ein coniugium.³ Aber diese Behauptung ist nicht zu erweisen. Nur die vollzogene, weil sacramentale, Ehe ist unauflöslich. Gratian will ja gerade in C. 27 q. 2 die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe darthun. Deshalb verleiht er auch im Dictum nach c. 39 C. 27 q. 2 seiner Ansicht folgenden Ausdruck: *Illa vero, quibus separabile coniugium ostenditur, de initio intelligantur, quod nondum officio suo perfectum est.* Dass mit der copula erst die Ehe beginne, war die von Gratian im zweiten Theile der quaestio aufgeführte, von ihm aber nicht angenommene strenge Lehre Hinemar's.

Man vergleiche auch das dictum § 1 vor c. 1 C. 33 q. 1. Sollte denn Gratian zum blossen Scherz überall da von „coniugium“ gesprochen haben, wo er, nach Freisen, überhaupt noch keine Ehe annahm?

VI. Meurer hat sich der Ansicht Freisen's im Wesentlichen angeschlossen.⁴ Ich verweise daher auf die vorstehenden Bemerkungen und die Ausführungen unten.

¹ Archiv. 53, 390. Man beachte übrigens die Aehnlichkeit der Ansicht Scheurls (oben S. 87).

² Der Umstand, dass Gratian nur die vollzogene Ehe ein perfectum coniugium nennt, ändert an diesem Resultate natürlich nichts: perfectum coniugium bedeutet nur einen Steigerungsgrad der bereits vorhandenen „Ehe“.

³ Diese Behauptung zieht sich durch die Freisen'schen Ausführungen wie ein rother Faden hindurch. Ich werde unten auf dieselbe noch im Zusammenhange zurückkommen.

⁴ Zeitschr. 21, 232 ff. Im Einzelnen ist Meurer auf Gratian nicht eingegangen; doch findet sich auf S. 255 die Bemerkung, der Ausspruch Gratians „con-

§ 17. Schlussbetrachtung über Gratian.

I. Die unrichtige Beurtheilung der C. 27 q. 2 ist vor allen Dingen darauf zurückzuführen, dass man bei Gratian, insbesondere in der genannten Quaestio ein vollständiges Eheschliessungsrecht, ja sogar ein System des Eherechts¹ finden wollte. Durch diese irrige Annahme wurde man veranlasst, aus den vielen, ganz kritiklos zusammengestellten Citaten und den dicta Gratian's, die sich zum Theil nur auf die direct vorhergehenden Stellen² bezogen, ein System zusammenzuconstruiren, ein Vorgehen, welches bei der Kritiklosigkeit der Arbeit Gratian's zu einem überall zutreffenden Ziele nicht führen konnte. Von Eheschliessung handelt Gratian ebensowenig ex professo, wie Lombardus. Er kennt bloss den Satz des römischen Rechts, dass der consensus die causa efficiens matrimonii sei; mit diesem Consense ist bei ihm ebenso, wie bei Hugo (vgl. oben) und Bandinus mit dem consensus de praesenti, das matrimonium initiatum. Der Ausdruck „desponsatio“ für diesen Consens³ ist das ausschliesslich Neue, die Consequenz der Distinction, wenn schon Gratian nicht, wie Hugo und Lombardus, hervorhebt, dass diese Terminologie eigentlich eine unberechtigte sei.⁴

Zur Sicherstellung meiner Untersuchung will ich noch bemerken, dass sich andere für die vorliegende Frage etwa in Betracht zu ziehende dicta und Belege, als die bereits erwähnten, im Decrete nicht vorfinden.⁵

Das Urtheil der Zeitgenossen bestärkt unsere Ansicht.⁶

iugium desponsatione initiatum, copula perficitur“ sei nur in dem Sinne zu acceptiren, dass durch die Consensabgabe die Ehe zwar angefangen, durch die copula aber erst rechtlich fertig werde und dass vor Fertigstellung nicht bloss kein Sacrament, sondern auch keine Ehe vorliege.

¹ Scheurl, Eheschliessung S. 62.

² So z. B. dictum nach c. 50 C. 27 q. 2.

³ Nicht ganz zutreffend daher G. Meyer, Kritik über Sohm, Eheschliessung. Jenaer Litteratur-Zeitung 1876. S. 30.

⁴ Vgl. Dictum nach c. 2 C. 27 q. 2, vor C. 29 q. 1, nach c. 26 und 29 C. 27 q. 2; dictum § 2 und 3 nach c. 28 C. 27 q. 3; dict. § 1 vor c. 1 C. 33 q. 1, wo auf C. 27 q. 2 Bezug genommen wird, und dict. nach c. 4 C. 33 q. 1.

⁵ C. 30 q. 2 handelt von echten Verlöbniissen im römisch-rechtlichen Sinn ebenso c. 4. 5. 9. 10 C. 36 q. 2.

⁶ Simon de Bisiniano (Schulte, Zur Geschichte des Decrets I. S. 25 Anm. 2) bemerkt: „Gratianus enim habita notitia et mente perspecta dixit: inter sponsam et sponsum esse matrimonium, sed initiatum, inter virum et mulierem consummatum.“ (Leider sind die eigenen Ausführungen Simons über Gratians Distinction von Schulte nicht mit abgedruckt worden.) Die Summa Coloniensis berichtet: „Etiam Gratianus decretum: Solus eorum consensus de quorum coniunctione

II. Ich will nunmehr zu einem Punkte übergehen, der für die Weiterentwicklung der Sponsalientheorie einflussreich geworden ist: zur Terminologie Gratian's.

Die Ausdrücke *desponsatio*, *sponsa* und ähnliche hatte Gratian mit Rücksicht auf die Stellen des Ambrosius, Augustin und Isidor und den Sprachgebrauch der Bibel für die Ehe Marias gewählt. Hugo, der jene Worte zum ersten Male anwendet, thut dies nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalte, dass sie eigentlich auf das Versprechen einer künftigen Ehe gingen. Auch Lombardus gebraucht dieselben für den *consensus de praesenti* nur in beschränktem Umfange und nur dort, wo es sich um die *Distinction* handelt; *desponsatio*, *sponsa*, *sponsalia* gelten ihm als uneigentliche Bezeichnungen. Hugo wie Lombardus erkennen also den zu Grund liegenden Gedanken auch äusserlich an. Noch einen Schritt weiter geht Gratian. Obgleich er dem Satze Hugo's und Lombardus', dass der römisch-rechtliche Consens die Ehe begründe, deutlich genug Ausdruck verleiht, tritt derselbe nichtsdestoweniger äusserlich schon viel verwischter hervor.

Die Kritiklosigkeit bei der Auswahl seiner Belege wollen wir Gratian nicht vorwerfen — diese theilte er mit seinen Zeitgenossen —, dagegen können wir ihm den Vorwurf der Urtheilslosigkeit und Unwissenschaftlichkeit nicht ersparen, wenn wir erstens sehen, dass er die in der C. 27 q. 2 verzeihlichen Ausdrücke auch dort anwendet, wo sie nicht geboten waren, und wenn wir zweitens wahrnehmen, dass er die Terminologie in keineswegs glücklicher Weise bereichert.

In ersterer Hinsicht sei verwiesen auf *dictum* nach c. 19 Dist. 34, wo die unvollzogene Ehe, die eine *bigamia interpretativa* nicht begründe,¹ *sponsalia* genannt wird; ferner auf C. 30 q. 5, wo von *clandestinum coniugium* gehandelt wird und die Anfrage lautet (*dictum* vor C. 30 q. 5): *Quinto, an clandestina desponsatio manifestae praediciet*.

Dass in dieser Quaestio übriges Stellen zum Beweise angezogen werden, die von echten römisch-rechtlichen Verlöbnissen sprechen,² darf ebenso wenig verwundern, als dass in C. 30 q. 2, die von solchen Verlöbnissen handelt, eine Stelle über *coniugium* als Beleg dient. Derartige sind wir von den zeitgenössischen Schriftstellern gewöhnt.

agitur ad matrimonium, ita intelligit, ut parentum dissensus matrimonio non officiat, vel ut alii determinant: Solus consensus facit i. e. incipit, non perficit, sed tunc quum carnis commixtio sequitur ...“ (Scheurl, Eheschl. S. 173). Ebenso charakteristisch sind die unten mitgetheilten Stellen aus Rufinus und der Summa Parisiensis, sowie die sogleich darzustellenden Ausführungen des Rolandus.

¹ Vgl. oben S. 89.

² So c. 3 C. 30 q. 5.

Bezüglich des zweiten Vorwurfes ist ebenfalls auf dictum nach c. 19 D. 34 hinzuweisen, auf den Ausdruck sponsalia für unvollzogene Ehe. Lombardus hatte zwar, wie oben bereits bemerkt, auch einmal von sponsalia im Sinne der durch consensus de praesenti geschaffenen Verbindung gesprochen, dies aber nur mit ausdrücklichem Vorbehalt gethan. Gratian, der wiederholt in C. 27 q. 2 sponsalia, sponsus, sponsa im bekannten Sinne gebraucht, verwendet diesen Ausdruck auch anderwärts.

Diese Worte beginnen somit unter Gratian bereits ihren ursprünglichen Beweis-Charakter abzustreifen. Es war dies ein ganz natürlicher Vorgang. Nachdem man sich einmal in die Terminologie eingelebt hatte, lag es nahe, jene Worte in dem festgestellten Sinne auch anderswo anzuwenden. In dieser Hinsicht ist Gratian's Vorgehen von grosser Bedeutung gewesen. Denn wenn derselbe und seine Anhänger den Ausdruck sponsalia für ihre „desponsatio“ — sie kannten ja nur eine desponsatio — gebrauchten, so mussten die Anhänger des Lombardus zum Unterschiede hiervon für ihren bisherigen consensus de praesenti den Ausdruck sponsalia de praesenti erfinden. Die von einem französischen Verfasser herrührende Glosse zu den exceptiones decret. Grat. enthält, wie unten zu zeigen, jene Ausdrücke bereits.

§ 18. Die Distinction: matrimonium desponsatione initiatur, copula perficitur, in der Schule von Bologna.

I. Bei dem Einflusse Gratian's war es natürlich, dass die längst bekannte, durch ihn zuerst wissenschaftlich begründete Distinction, welche die herrschende Lehre von der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe rechtfertigte, in Oberitalien allgemeine Aufnahme fand.¹

¹ Die Palea c. 18 C. 27 q. 2 deutet sowohl auf die Sacramentstheorie Gratians, als die Terminologie des Lombardus hin, vertritt den unten näher darzustellenden Vereinigungs-Standpunct Alexanders III., dürfte also der Zeit dieses Papstes angehören. Diese Palea findet sich übrigens lediglich im Appendix Concil. Lateran. VI, 27 (Mansi, 22, 252; vgl. auch übrigens ebenda VI, 1. Mansi, 22, 250), und darnach in Compil. I. c. 1. 4, 2. — Es ist übrigens unrichtig, wenn Freisen (Archiv. 54, 10) aus der Bemerkung der Summa Paucapaleas zu c. 4 C. 33 q. 1 (Schulte, Literaturgesch. 1, 144 Anm. 23) den Schluss ziehen will, dass das erste Verhältniss, weil noch nicht consummirt, keine eigentliche Ehe gewesen sei, und dass somit Paucapalea die copula zur Ehe gefordert habe. Die erste Ehe ist hier vielmehr wegen maleficium getrennt worden (das beweisen die Worte „artem componere“ und c. 4 C. 33 q. 1, worauf sich die Bemerkung bezieht), und bekanntlich wird in diesem Falle bei nachträglich dritten Personen gegenüber bewiesener Fähigkeit die getrennte Ehe nicht wiederhergestellt (Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 28. 37. 38 Anm. 1, S. 41. 47 Anm. 1 u. a. m.). — Es ist

Ein auf das Decret sich stützender Tractat,¹ welcher keine einzige nachgratianische Quelle citirt, also wohl kurz nach dem Decret entstanden ist,² behandelt unter dem Titel „De sponsalibus“ das Eheschliessungsrecht. Er unterscheidet eine foederatio, welche Ehe sei (foederatio legitima maris et feminae) und eine foederatio de futuro coniugio. (Wem fiel hier nicht die Distinction des Lombardus ein?) Die Ehe kommt als „bonae fidei tractatus“ durch Consens zu Stande gemäss c. 2 C. 27 q. 2.

Nach dem Auszuge von Schulte findet sich zwischen „Quid faciat coni. videamus. C. cum sit bonae fidei tractatus consensu contrahitur. Sicut dicit Nicol. p. p.: Sufficiat cet.“ und „Est adhuc et alius consensus, scil. carnalis commercii“ eine Lücke. Höchst wahrscheinlich bringt der Tractat hier die Gratian'sche Ansicht,³ dass der consensus cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi die Ehe bewirke, und schliesst hieran die Bemerkung über den consensus commercii.

Im Uebrigen ist zum richtigen Verständnisse dieses Tractates von der Unterscheidung der unvollzogenen Ehe (desponsatio genannt zur Interpretation der Quellenstellen, trotz des vorangestellten 'römischen Sponsaliebegriffes) und der vollzogenen Ehe (matrimonium) auszugehen.⁴ Auch dieser Tractat beweist somit die Uebereinstimmung Gratian's und Lombardus' in den Grundgedanken über das Eheschliessungsrecht. Ueber die anonyme Summa des Cod. Bamb. P. II. 26 zum Decret zu c. 18 C. 32 q. 7, welche die Benutzung der Distinction Gratian's durch die Schule von Bologna direct bezeugt, vgl. unten S. 100 Anm. 4.

zwar misslich, aus dem Zusammenhange gerissene Stellen interpretiren zu wollen, aber ich glaube hier nicht fehlzugreifen, wenn ich die Bemerkung Paucapaleas als einen Versuch zur Begründung des angedeuteten, für das maleficium geltenden Rechtes auffasse, welches schon vor Gratian zu Bedenken (vgl. Hugo von St. Victor und Lombardus. Geschlechtsgem. S. 37. 41) und Gratian selbst zu einer Bemerkung Veranlassung gegeben hat (dictum nach c. 4 C. 33 q. 1).

¹ Schulte, Zur Gesch. des Decrets. III. S. 37 ff.

² Schulte, eod. S. 38. ³ c. 3 C. 27 q. 2.

⁴ Es liefert der Tractat somit ein treffliches Interpretationsmittel für Gratian. Wir finden daselbst folgende Sätze (a. a. O. S. 38): „Quaer. an C. sit inter sponsum et sp.? Secundo quo casu possint ab invicem discedere? Quod inter sp. et sp. c. sit, definitione coniugii facile probatur rationibus et auctoritatibus. Est igitur M. coniunctio viri et mulieris Sed quia consensus m. faciat non immerito quaeritur ... Notandum quoque est, quod duo sunt in C. attendenda, scil. per quid fit et ad quid fit. Auctoritatibus quoque probatur, inter sp. esse coniugium. ... His auct. probatur, coniugatos sine mutuo consensu non posse continentiam profiteri. ... Item impossibilitas coeundi, si post carnalem copulam inventa fuerit, non solvit C. ...“

II. Rolandus. Rolandus bezeichnet gleich im Beginne seines Referates über die C. 27 q. 2 die desponsatio als den consensus, qui est efficiens causa matrimonii. Mit Rücksicht auf eine Stelle des Ambrosius (und Rubrik Gratian's) wird die desponsatio auch pactio coniugalis genannt. Consensus und pactio sind gleichbedeutend.¹ Rolandus bestätigt die Richtigkeit unserer Untersuchung über die Eheschliessungslehre Gratian's, indem er die letztere wiedergibt:

Notandum quod coniugium aliud est initiatum tantum, aliud est initiatum et consummatum. Initiatum tantum ubi est consensus cum pactione coniugali absque carnali commixtione, consummatum ubi coitus cum consensu et pactione intercedit. Denique cum coniungitur viro per consensum et pactionem, coniugium est initiatum. Vel sic: cum initiatum coniugium, coniugii nomen assumitur. Denique cum coniungitur viro carnali commixtione coniugium est non iam initiatum sed consummatum.²

Die Beweisführung ist dieselbe wie bei Gratian; dieselben Autoritäten, auf der einen Seite: Pseudo-Chrysostomus, Ambrosius — die Ehe Maria's spielt auch wieder eine grosse Rolle — u. s. w., auf der entgegengesetzten: Leo und Augustin; als Vermittelung: die Distinction Gratian's: Initiatum si quidem est desponsatione, consensu et coniugali pactione, consummatum etc.³ Diese drei Ausdrücke bedeuten vollständig dasselbe und bedarf es somit keines weiteren Beweises, dass die desponsatio hier wiederum als kanonistische Bezeichnung für den Consens des römischen Rechtes auftritt.

Die Lehre von dem copula perfectum coniugium wird dann wie bei Gratian zum Beweise der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe benutzt. Rolandus erwähnt im Grossen und Ganzen sämtliche von der Bologneser Schule aufgestellten Auflösungsgründe der unvollzogenen Ehe.⁴ Nur einen einzigen glaubt er ausdrücklich fallen lassen zu müssen: die nachfolgende vollzogene Ehe.⁵

¹ Richtig Sohm, Eheschl. S. 113.

² Zu C. 27 q. 2 (ed. Thauer S. 127). Ueber die beiden fides matrimonii (desponsationis und carnalis coniunctionis) vgl. zu C. 27 q. 2. (S. 128) und zu C. 29 q. 1. (S. 140 f.). ³ Zu C. 27 q. 2 (S. 131).

⁴ Nämlich votum: C. 27 q. 2 (ed. cit. S. 130), Impotenz (eod. S. 130. C. 33 q. 1. S. 189), Krankheit (C. 32 q. 5. S. 181; C. 32 q. 7. S. 186), insania (C. 32 q. 7. S. 187), cognatio spiritualis (C. 30 q. 1. S. 144), affinitas superveniens (C. 32 q. 7. S. 187), raptus (C. 32 q. 7. S. 186; nach dem Zusammenhange liesse sich auch fornicatio und crimen anführen), captivitas (C. 34 q. 2. S. 200). Vgl. damit die Zusammenstellung in der Summa Colon. (Schulte, Zur Gesch. des Decrets. II. S. 12). Vgl. auch Tractat. Gottwic. in Schulte, Decretist. iurisprud. specimen. Ex libro Gottwicensi 88 (181) saec. XII. manuscr. ed. Gissae 1868. S. 18—20.

⁵ Sonderbar genug nimmt sich diese Ausnahme gegenüber der weiten Aus-

Die Bemerkungen über die Bezeichnung der sponsa als uxor durch die *sacra scriptura* sind ebenso wie bei Gratian aus der Schreibweise der Zeit zu verstehen: Es ist eben nur eine neue Distinction zur Erklärung der Widersprüche.¹ Unrichtig ist es daher, wenn Scheurl² als Resultat der Ausführungen zu C. 27 q. 2 den Satz aufstellt: „und während es hiernach scheint, als ob er die Verlobung als Eheschließung gelten lasse, eignet er sich doch hiernach wieder einfach Gratian's Ausspruch an, dass zwischen Verlobten noch keine Ehe bestehe. Nachdem Rolandus die von Gratian dafür beigebrachten Stellen aufgeführt hat, sagt er „*Rationibus et auctoritatibus superius assignatum credimus, non esse matrimonium inter sponsum et sponsam.*“ Natürlich! Rolandus referirt die C. 27 q. 2 Gratian's; er hat also auch dessen zweite Distinction zu berichten. Dieselbe stellt aber ebensowenig die Ansicht des Rolandus wie die Gratian's dar.³

Dass dieses Resultat thatsächlich der Meinung des Rolandus entspricht, zeigen die Ausführungen an anderer Stelle.

Gleich die C. 28 q. 1 bietet einen Beleg. Zwischen sponsus und sponsa besteht coniugium initiatum; wird dasselbe vollzogen, so ist es consummatum, zugleich aber bei fideles ratum, denn die Ehe der letzteren ist unlöslich, was für die Ehen der infideles nicht gilt. Hierdurch gewinnt auch das dictum Gratian's nach c. 17 C. 28 q. 1 eine treffliche Erläuterung. Gratian und Rolandus stimmen hier überein. Nur auf die vollzogene Ehe sind die Grundsätze der Unauflösbarkeit anwendbar. Dies bildet das Ergebniss der folgenden Quaestio C. 28 q. 2.⁴

In der C. 30 q. 1 handelt es sich um die Entscheidung der Controverse, ob Jemand, der den Sohn seiner Ehefrau aus früherer Ehe über die Taufe gehoben hat, seiner Ehefrau das debitum verweigern müsse und von derselben zu trennen sei oder nicht. Einige Autoritäten bejahen die Frage, andere verneinen dieselbe. Während sich Gratian in dictum nach c. 10 C. 30 q. 1 einfach der letzteren Ansicht anschliesst, wendet Rolandus die Unterscheidung vom initiatum und con-

dehnung aus, welche Rolandus der Distinction Gratians hat zu Theil werden lassen (vgl. C. 32 q. 7. S. 187). Zu C. 34 q. 2 (S. 200) hat er sogar die nachfolgende Ehe in der captivitas als Auflösungsgrund des matrimonium initiatum — nicht dagegen des consummatum — bezeichnet.

¹ Thaner, Einl. zur Ausg. des Rolandus S. IV. Gratian sagte daher ausdrücklich: *Potest et aliter distingui.* ² Eheschl. S. 71.

³ Vgl. zu dem eben Ausgeführten noch das oben S. 94. Anm. 6 mitgetheilte Referat von Simon de Bisignano über Gratian.

⁴ Ed. cit. S. 142: „*Si vero post conversionem una caro per sexuum commixtionem fuerint effecti, altero eorum ad infidelitatem reverso ei ad secunda vota transire prima vivente minime licebit.*“

summum matrimonium auch hier an:¹ Wo die Trennung geboten wird, ist von der unvollzogenen Ehe die Rede. Desponsare wird aber hier im Gegensatz zu copulari, carnaliter coniungi gebraucht, bedeutet also Eheschliessung.

Dass Rolandus unter sponsus und sponsa die in unvollzogener Ehe Lebenden versteht, ergibt sich auch aus C. 32 q. 5. Er hält die Entscheidung des Papstes Gregor über die Eheauflösung wegen impotentia superveniens im Gegensatze zu Anderen² für echt und glaubt die Schwierigkeit dadurch lösen zu sollen, dass er diese Entscheidung von der unvollzogenen Ehe versteht,³ die Stellen dagegen, in welchen die Ehetrennung verboten wird, auf iam coniuncti⁴ bezieht. Im ersteren Falle spricht er aber stets von sponsus und sponsa. Wenn daher in weiterem Verlaufe der Quaestio von dem matrimonium legitime contractum atque carnali copula consummatum die Rede ist, so darf man zu legitime contractum ohne Zweifel das Wort „desponsatione“ hinzufügen.

¹ Daneben fehlt aber auch nicht die bekannte Distinguirung „ex causa“, „ex tempore“. Vgl. Thaner, Einleitung zur Ausgabe des Rolandus S. V. — Wer den Distinctionscharakter des matrimonium desponsatione initiatum etc. noch irgendwie leugnen möchte, lese Rolandus zu C. 32 q. 7 (ed. cit. S. 187).

² Es ist wohl Gratian (vgl. Dict. nach c. 18 C. 32 q. 7) gemeint, und eine Handschrift fügt auch hinzu „ut mag. Gr. assertit.“ Es ist dies aber insofern ein Irrthum, als Gratian eine vorhergehende Entscheidung des Ambrosius für „falsatoribus insertum“ erklärt, den Ausspruch Gregors dagegen als sacris canonibus, imo evangelicae et apostolicae doctrinae penitus adversum“ bezeichnet.

³ Eine Handschrift liest daher noch „praesertim cum primae carnaliter numquam commixtus fuerit“. Uebrigens geben die Worte „Huic continentia ex concilio suadet verum si continere noluerit, ad secunda vota licite transire poterit; quo casu praesens capitulum Gregorii loqui non ambigo, alioquin contrarius esset auctoritati Eusebii papae dicentis: Desponsatam puellam non licet etc. Caus. 27 q. 2 (c. 27 C. 27 q. 2)“ nur dann einen Sinn, wenn man unter „Huic“ die sponsa versteht, und als Subject zu „continere noluerit“ den sponsus annimmt. Hiernach würde die unvollzogene Ehe durch den Eintritt der Frau in das Kloster gelöst sein und es stünde einer neuen Verbindung des Zurückbleibenden nichts im Wege. Die folgenden Worte „In quo casu licitum est relicto a sponsa aliam sibi accipere“ scheinen diese Auslegung zu bestätigen. Warum Rolandus übrigens nicht die Impotenz, sondern das votum als Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe (vgl. dictum zum folgenden Cap. c. 28) angezogen hat, leuchtet nicht ein.

⁴ Uebrigens stimmt Rolandus in dieser Anwendung der Distinction mit anderen Magistri Bolon. überein. Die anonyme Summe zum Decret des Cod. Bamb. P. II. 26 enthält zu c. 18 C. 32 q. 7 folgende Bemerkung: „Istud decretum non [del. non!] canonicae scripturae obviare videtur et ideo omnino reprobat. Magr. tamen bol. illud salvare volentes dicunt, decretum istud loqui de viciato (initiato) coniugio, non autem consummato, ut in eo casu, qui continere non potest, nubat in domino, si mulier incorrupta viro debitum persolvere non poterit ...“ (Maassen, Paucapalea. Wien 1859. S. 19 Anm. 30).

Auch die Ausführung zu C. 34 q. 2¹ liefert einen Beweis. Initiatum matrimonium bedeutet die noch lösbare Ehe. Die Ehe wird initiatum durch desponsatio, also erfolgt durch desponsatio, d. h. durch die Eheconsenserklärung: Eheschliessung.

Ganz ausdrücklich aber erklärt Rolandus endlich zu C. 35 q. 2 et 3,² dass nur der Consens der ehestiftende Factor ist (consensus cum pactione coniugali inter idoneas personas); ist dieser Consens noch durch die copula bestärkt, so fehlt nichts mehr an den Wirkungen einer Ehe d. h. durch die copula ist die Ehe auch unlösbar geworden. Gleichgültig ist es, ob die Ehe eingeseget wird, oder ob die Braut von den Eltern tradirt und dotirt wird.³ Allein der Consens bewirkt die Ehe. Resultat: Das Eheschliessungsrecht des Rolandus ist das römische, nur die Terminologie hat sich in verwirrender Weise geändert. Dass endlich Rolandus die sponsalia des römischen Rechts (quae sunt promissio futurarum nuptiarum) gekannt, zeigt C. 30 q. 5.⁴ Aus demselben Grunde, wie Gratian, unterscheidet aber auch er nicht ausdrücklich zwischen desponsatio de praesenti und de futuro, obwohl er doch tatsächlich diesen Unterschied vorträgt. Auch Rolandus schreibt ex professo nicht über Verlöbniß und Eheschliessung, sondern über Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe und hier führt er die concordantia discordantium canonum wie Gratian nicht durch die Sponsaliendistinction, sondern durch die Distinction vom initiatum und consummatum coniugium herbei. Ob er durch die daraus resultirende Terminologie sein System verdunkelte, den Gegensatz von Verlöbniß und Eheschliessung verwirrte, kümmerte ihn noch viel weniger, als Gratian. Er hatte ja bereits seine Autorität, auf welche er sich berufen konnte. Gratian musste noch beweisen; Rolandus nimmt einfach die fertige Distinction als gegeben hin, fragt nicht lange nach ihrer Begründung und wendet sie nicht nur dort an, wo Gratian sie benutzt hatte, sondern auch an anderen Orten. Die Terminologie ist dabei durchweg: despondere,

¹ Ed. Thayer S. 200.

² Ed. cit. S. 213.

³ Zu C. 30 q. 5 (ed. cit. S. 151 ff.) weist Rolandus nach, dass Formalitäten bei der Eheschliessung zwar nicht nothwendig erfordert würden, aber doch wegen der mit der Unbeweisbarkeit verbundenen Gefahren als zweckmässig zu betrachten seien.

⁴ Wenn Scheurl, Eheschl. S. 71 meint, dass, als Rolandus sein Stroma schrieb, ihm offenbar der Unterschied zwischen sponsalia de futuro und de praesenti noch fremd gewesen sei, so kann ich schon aus dem einfachen Grunde nicht beipflichten, weil Rolandus doch unter allen Umständen die Sententiae des Lombardus gekannt hat.

sponsus, sponsa. Die Distinction mit ihrer Terminologie und ihren Consequenzen gewinnt immer grössere Bedeutung.¹

III. Auch der von Schulte aus dem Codex Gottwicensis mitgetheilte Tractatus de matrimonio² — um diese Quelle gleich mit hier anzuziehen — bestätigt dies Ergebniss. Dieser Tractat steht bekanntlich durchaus auf dem Boden der Bologneser Schule. Als Auflösungsgründe der „legitima coniunctio“, deren signum die desponsatio sei, bezeichnet er die bekannten acht Gründe der Schule; schon allein aus dem einen Grunde des maleficium ist zu entnehmen, dass desponsatio lediglich die unvollzogene Ehe bedeutet. Kurz darauf unterscheidet der Verfasser ausdrücklich zwischen sponsalia im römischen Sinne und matrimonium. Selbst hier fällt ihm der Widerspruch in seiner Terminologie nicht auf; handelte es sich doch nach wie vor lediglich um eine Distinction.

IV. Auf dem Standpunkte des Rolandus steht auch der unbekannte Verfasser der Quästionensammlung, welche Thanner zusammen mit der Summa Rolandi herausgegeben hat. Die Quaestio 25 scheint zwar dieser Behauptung zu widersprechen. Dies ist aber nicht der Fall. Sie behandelt die Frage, ob die heimliche desponsatio mit hinzugetretener copula gegenüber einer nachfolgenden öffentlichen desponsatio aufrecht zu erhalten sei? Der Verfasser verneint zwar die Frage, aber

¹ Was die Ansichten der Literatur über Rolandus betrifft, so ist bezüglich Sohms das oben für Gratian Bemerkte zu wiederholen. Richtig ist, dass auch nach Rolandus desponsatio Eheschliessung ist, aber nur als gleichbedeutend mit dem römischen Consens. Unrichtig ist die Behauptung, dass Rolandus kein Verlöbniß mit blossen Verlöbnißwirkungen kenne; es ist auch die kanonische desponsatio nicht mit der germanischen Verlobung und das Recht des Rolandus nicht mit dem deutschen Verlöbnißrecht identisch (Sohm, Eheschl. S. 115). — Die Abweichungen von Scheurl sind bereits bei Gelegenheit hervorgehoben. — Richtig erkennt Freisen (Archiv. 54, 11 ff.) die Auflösbarkeit des matrimonium initiatum durch die bekannten Gründe. Unzutreffend ist aber die weitere Bemerkung, dass auch Rolandus die „Ehe“ für unlösbar halte und dass, weil er nur die vollzogene Ehe für unlösbar erachte, bloss diese seiner Ansicht nach eine Ehe und somit die unvollzogene Ehe keine eigentliche Ehe sei. Wo in aller Welt vertritt denn Rolandus den Satz, dass die Ehe unlösbar sei? Wenn es zu einer von Sterilität handelnden Stelle (c. 27 C. 32 q. 7, ed. cit. S. 187) einmal heisst, „matrimonium nulla ratione posse dissolvi“, so will dies gegenüber den unmittelbar vorhergehenden und folgenden Ausführungen nicht etwa besagen, dass jede Ehe unlöslich sei, sondern nur, dass die Ehe nicht wegen Sterilität gelöst werden könne. Ueberhaupt unlöslich ist nach Rolandus ebenso wie nach Gratian nur die sacramentale Ehe; aber auch die unvollzogene Verbindung ist eine Ehe.

² Vgl. S. 98 Anm. 4.

die Gründe haben mit den Wirkungen der copula nichts zu thun, sondern beruhen auf der Erwägung, dass die heimliche desponsatio für die Kirche nicht vorhanden sei, „quia de occultis iudicare non potest ecclesia“.¹ Dass der Verfasser aber, wie Rolandus, den Consens als den eheschliessenden Act und die copula als den Factor der Unauflösbarkeit betrachtet, geht aus mehreren Stellen hervor.²

Viertes Capitel.

Die Sponsaliendistinction bis zur Gesetzgebung Alexanders III.

§ 19. Der Gegensatz der *ecclesia transalpina* und *gallicana*.

I. Wir hatten bisher nur gesehen, dass aus der alten fränkischen Lehre vom consensu initiatum, copula perfectum matrimonium die Gratian'sche „Distinction“ vom desponsatione initiatum etc. matrimonium geworden war, und dass diese Distinction in Oberitalien allgemeine Aufnahme gefunden hatte; das Schicksal der Sponsaliendistinction der Scholastiker soll uns jetzt beschäftigen.

Es war bei dem Einflusse und dem Ansehen des Lombardus ganz natürlich, dass auch dessen Distinction und zwar zunächst in der französischen Kirche sich verbreitete. Die letztere trat damit in Gegensatz zu der in Oberitalien herrschenden Lehre. Dies kommt treffend zum Ausdruck in der Summa Coloniensis.³

Der fragliche Abschnitt der Summa⁴ ist für das Verständniss unserer Frage überaus wesentlich, und wollen wir ihn daher kurz wiedergeben.

¹ Ed. Thamer S. 274. Der Verfasser erwähnt auch, dass Petrus Baiolardus anderer Ansicht, die Meinung Hugos aber vorzuziehen sei. Es ist wohl Hugo von St. Victor gemeint (vgl. oben S. 64 Anm. 5). Vgl. auch dict. Grat. zu c. 9 C. 30 q. 5.

² Ueber die Qu. 26 vgl. unten. Dort ist auch gegenüber Freisen, Archiv. 54, 22 Stellung zu nehmen.

³ Wie energisch auf den verschiedenen Seiten gestritten wurde, zeigen die Worte, mit welchen Faventinus die Ansicht Gratians referirt (Schulte, Rechtshandschr. der Stiftsbibl. zu Göttweig. Wiener Sitzungsber. 57, 589): Et iam penitus obstruatur os omnium vana loquentium, decretum Alexandri papae in medium adducatur, quo ostenditur, sine commixtione carnis non esse in coniugio Christi et ecclesiae sacramentum, nec matrimonium perfectum ideoque nec ratum (folgt eine unbekannte Decretale, welche mit verschiedenen unwesentlichen Abweichungen auch in der Coll. Lips. tit. 59 c. 6 steht). Vgl. auch die Bemerkung des Simon de Bisignano (Schulte, Zur Gesch. des Decret. I. S. 25 Anm. 2): „Sacram et autenticam pia memoriae Gratianus de matrimonio distinctionem composuit, quam quidem inanis gloriae aucupes fecere bifrontem et simplicium pontibus invidentes more saevorum animalium aquas limpidas turbaverunt.“

⁴ Vgl. Scheurl, Eheschl. S. 165 ff.

Streitig ist, so meint die Summa, die Frage der Auflösbarkeit unvollzogener Ehen. Die transalpinische Kirche unterscheide zwischen dem *matrimonium pactione coniugali* (= *desponsatione* = römisch-rechtlichen Eheconsens) *initiatum* und *copula perfectum* und suche durch verschiedene Stellen, in denen einerseits in der *desponsatio* die *initiatio matrimonii* gefunden (z. B. Ambrosius) und andererseits die *desponsatio* als auflösbar bezeichnet werde, die Richtigkeit ihrer Ansicht zu beweisen, dass erst mit der *copula* die Ehe unauflösbar sei. His *Gallicana ecclesia respondens desponsationem in legalem et canonicam distinguit*. Die *legalis desponsatio* sei die *futurarum nuptiarum mentio et repromissio*, welche „*sponsalia*“ genannt werde; sie verspreche nur die Ehe für die Zukunft, die *desponsatio canonica*, quae in *praesens concipitur*, bewirke dagegen die Ehe.¹

Die *desponsatio canonica* ist, wie wir oben bereits bemerkten, die von den Kanonisten erfundene *desponsatio*, nur ein neuer Ausdruck für den alten Begriff des römisch-rechtlichen Eheconsenses; in der Theorie der gallicanischen Kirche wird die *desponsatio* in *praesens concepta* auch *pactum coniugale* genannt.² Wir haben also einerseits sowohl das römische Eheschliessungsrecht vollständig vor uns, als andererseits auch die Eheschliessungslehre Gratians; denn auch Gratian nennt seine *desponsatio pactum coniugale* und versteht darunter den *consensus individuum vitae consuetudinem retinendi*, und an anderer Stelle nennt die Summa die *desponsatio*, mit welcher nach Gratian die Ehe beginne, ausdrücklich *consensus de praesenti*.³ Aus den oben angeführten Gründen spricht Gratian aber nicht von einer *desponsatio in praesens concepta*, sondern bloss von einer *desponsatio*. Deshalb heisst es auch in der Summa: „His *Gallicana ecclesia respondens desponsationem in legalem et canonicam distinguit*“, d. h. nicht etwa, sie unterscheidet eine *desponsatio legalis* und eine *desponsatio canonica*, sondern sie trennt die *desponsatio*, wie sie in den gegnerischen Belegstellen vorkommt, in die genannten beiden Arten. Der Sinn ist also der: Wenn die transalpinische Kirche in den vorhergehenden Quellenzeugnissen, in welchen von Auflösung der *desponsatio*, Trennung von *desponsatae puellae*, *sponsae* u. s. w. die Rede ist, das Wort „*desponsatio*“ ausschliesslich von der Eheschliessung versteht (um so Beweismittel für die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe zu gewinnen), so glaubt die gallicanische Kirche, dass in allen solchen Stellen der Ausdruck *desponsatio* eine doppelte Bedeutung haben könne und dass deshalb zu *distinguire* sei, ob

¹ Gegen Scheurl, Eheschl. S. 79 vgl. Freisen, Archiv. 45, 26 Anm.

² Vgl. auch § 14. 22. 29. 31 der Summa (nach der Scheurl'schen Ausgabe citirt).

³ Vgl. § 29. § 31.

desponsatio legalis — Verlöbniß — oder desponsatio canonica — Eheschliessung — vorliege.¹ Ist die letztere, das pactum coniugale, vorhanden, so fehlt nach der gallicanischen Lehre der Ehe kein Moment zur Vollständigkeit, sie ist plenum und perfectum; denn schon die unvollzogene Ehe ist sacramental.² Deshalb ist auch die unvollzogene Ehe nach der Summa unlöslich, kann also weder durch nachfolgende vollzogene Ehe,³ noch durch Eintritt in das Kloster⁴ getrennt werden. Dagegen kenne allerdings — fährt die Summa fort — die Schule von Bologna acht Auflösungsgründe der unvollzogenen Ehe, darunter die zweite, vollzogene Verbindung, und suche diese ihre Lehre gegenüber derjenigen der gallicanischen Kirche, welche der copula jede Bedeutung abspreche, zu vertheidigen (§ 26—28. 29 ff.). Die nun folgenden Ausführungen der Summa erbringen einen vollständigen Beweis für die Richtigkeit unserer Darstellung.⁵ Dieselbe wird ferner noch bestätigt durch die Summa des Rufinus, welche an der fraglichen Stelle fast wörtlich mit der Summa Parisiensis übereinstimmt.⁶

II. Das Resultat will ich noch einmal scharf hervorheben: Der Gegensatz der Kirchen betrifft bloss eine „Distinction“,⁷ d. h. die ver-

¹ Gerade in der Beschränkung der Unterscheidung auf die vorliegenden Beweisstellen liegt das Charakteristische der „Distinction“.

² § 11 ff. Uebrigens erinnert die Sacramentslehre der Summa mehr an Hugo, als an Lombardus. ³ § 24. ⁴ § 28.

⁵ Rufinus, zu c. 19 D. 34 (Schulte, Literaturgesch. 1, 124 Anm. 13): vidua vero... secundum hoc Bononienses sicut et Gratianus talem faciunt distinctionem: matrimonium aliud initiatum, non consummatum, ut inter sponsum et sponsam, velatos etiam, antequam carnaliter commisceantur, ubi matrimonium consummatum, aliud initiatum et consummatum, sed non ratum, ut inter infideles carnaliter se cognoscentes, quod quidem est, ut aiunt, quia separari potest. Sed omne initiatum et consummatum, nisi sit legitimum, non est ratum, si sit inter fideles. Ex his ergo argumentatur in XXVII. causa, quia inter sponsos non est coniugium, quoniam, si coniugium, qui sponsam post mortem sponsi duceret, esset viduae maritus, sed qui talem ducit, auctoritate huius decreti promovetur, quare primi non fuit uxor. Sed ecclesia Francorum iudicat, quia si facta fuerit desponsatio verbis praesentis temporis, i. e. ego accipio te in meam et e converso, exinde matrimonium est ratum. Unde si postea desponsata carnaliter adiungatur, cogitur redire ad primum, qui eam non cognovit. Respondet autem M. p. Longob. in sententiis suis ad illud Grat. dicens, quod ista fuit desponsata verbis de futuro, nec fuit consensus de praesenti. Diese Meinung widerlegt Rufinus und bemerkt endlich: Haec ergo divisio Grat. secundum quod hic ponitur, conveniens, licet post non convenienter in argumentando procedat post solenne foedus nuptiarum (d. h. Rufinus ist Anhänger Gratians, nur nicht bezüglich der Ansicht des letzteren über die velata et benedicta, welche Ansicht ja überhaupt von der Schule nicht acceptirt worden ist. Vgl. Sehling, Geschlechtsgem. S. 48 Anm. 2).

⁶ Vgl. Scheurl, Eheschl. S. 177.

⁷ Deshalb führt Faventinus in der oben S. 103 Anm. 3 citirten Stelle zur Ver-

schiedene Auslegung von Quellenstellen zur Beseitigung scheinbarer Widersprüche in denselben, und weiter den Grund der verschiedenen Distinctionen: die abweichenden Ansichten über das Sacrament¹ und die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe.

Vollkommene Uebereinstimmung herrscht dagegen darüber, dass der auf die gegenwärtige Herstellung der Ehe gerichtete Consens die Ehe begründet, wie andererseits darüber, dass ein auf zukünftige Eheschliessung gerichteter Wille keine Ehe herbeiführt, sondern bloss ein Verlöbniß (*sponsalia*). Den Ehewillen nennt die französische Kirche *desponsatio de praesenti*, die transalpinische dagegen einfach *desponsatio*² — von beiden unterscheiden sich „*sponsalia*“ oder *desponsatio legalis* wie Verlobung von Eheschliessung im römischen Rechte.³

Die Richtigkeit des Vorstehenden wird durch folgende Thatfachen bestätigt.

Eine Decretale Innocenz' II. an den Bischof von Winchester⁴ bringt scheinbar die Unterscheidung von Hugo und Lombardus, was ja historisch nicht unmöglich wäre. Thatsächlich aber entsprechen die hier vorgetragenen Sätze auch vollständig den Ausführungen Gratians über Eheschliessung.⁵ Meines Erachtens enthält die Decretale weiter nichts, als die Wiedergabe des von jeher in der römischen Kirche als Kern

theidigung der Gratianschen Ansicht eine Decretale an, in der gezeigt wird „*sine commixtione carnis non esse in coniugio Christi et ecclesiae sacramentum, nec matrimonium perfectum, ideoque nec ratum.*“

¹ Später verflüchtigt sich auch der Unterschied der Terminologie mehr und mehr; bereits die Summa Coloniensis spricht, indem sie Gratian referirt, von *consensus de praesenti* und sogar *desponsatio de praesenti*; darüber sogleich mehr.

² Vgl. Summa Coloniensis § 9 (Scheurl, Eheschl. S. 166).

³ Dies hebt meines Erachtens Ficker (a. a. O. II. Ergänzungsbd. S. 71) treffend mit folgenden Worten hervor: „Hatte man auch denselben Gegensatz im Auge, so lassen doch Zeitverhältnisse und Sprachgebrauch gar keinen Zweifel, dass der Unterschied der Beziehung auf die Gegenwart oder Zukunft zu Bologna ganz unabhängig von der entsprechenden gallicanischen Lehre bereits beachtet wurde, und dann natürlich zunächst von romanistischer Seite geltend gemacht sein muss.“

⁴ Compil. I. c. 10. 4, 1 (ed. Friedberg S. 44; Jaffé, 2. Aufl. 8274): „Super eo quod interrogasti de sacramento coniugii, breviter respondeo, illam quam dixisti a patre coniugi traditam et ab eo, cui tradita fuit patri commendatam, donec statuta die in domum suam traduceret, dico, quod legitimo consensu interveniente ex eo statim coniux sit, quo spontanea concessione sese coniugem esse asserit. Non enim futurum promittebatur, sed praesens firmabatur.“

⁵ Darüber, dass die Decretale bezüglich der Eheauflösung nicht mit Gratian übereinstimmt. vgl. unten. Sie vertritt eben den strengen Standpunct der Päpste, welche ja noch viel später z. B. eine Ehetrennung wegen Impotenz nicht kannten. Diese Lehre der Schule von Bologna wird erst seit Alexander III. von den Päpsten anerkannt.

des Eheschliessungsrechtes festgehaltenen Grundsatzes des römischen Rechtes von der ehewirkenden Kraft des Consensus. Auf römisches Recht weist die Decretale zweifellos hin, zum mindesten muss man zugestehen, dass das vorgetragene Recht mit dem römischen vollständig übereinstimmt. Wenn sich daher Lombardus und Gratian mit dieser Decretale im Einklange befinden, so reproduciren beide übereinstimmend römisches Eheschliessungsrecht.

Der Nachweis lässt sich aber auch noch anders erbringen, nämlich durch die gleiche Terminologie. Die von Thaner herausgegebene Quästionensammlung spricht ohne Unterschied von *consensus per verba etiam de praesenti expressus* und *pactio coniugalis* und meint, dass damit die Ehe noch nicht zur unauflöslichen werde.¹ Ebenso redet die *Summa Coloniensis*, wenn sie die Ansichten der *ecclesia transalpina* referirt, von *consensus de praesenti*.² Ja die Terminologie deckt sich bisweilen vollständig. In der *Summa Coloniensis* heisst es einmal ganz ausdrücklich:³ *Non ignoro tamen aliquos Bononiensium hinc aliter affirmantes, quod de praesenti conceptam desponsationem VII dissolvant: posterior desponsatio commixtione perfecta ...*⁴

In gleicher Weise kommt der Gegensatz beider Kirchen zum Ausdruck in der *Summa Parisiensis*:⁵ „*Invenitur quaedam consuetudo quae aliter hodie in Francia, aliter in ecclesia romana observatur. Si enim aliquis aliquam verbis de praesenti desponsaverit, et benedictionem cum ea sacerdotalem susceperit, sed antequam eam cognoscat, ab alio desponsata carnaliter cognita fuerit, ecclesia Franciae cogit eam redire ad primum, sed non ecclesia Romana et adhuc quid sit melius ignoratur.*“ Also auch hier wird, obwohl eine Controverse der beiden Kirchen referirt wird, der Eheschliessungsact bei beiden *desponsatio de praesenti* genannt. Bezüglich dieses Begriffes bestand also Einigkeit; nur nicht darüber, ob mit ihm schon das Sacrament und die volle Unauflöslichkeit der Ehe gegeben, oder ob dazu noch *copula* erforderlich sei.

Wenn wir so sehen, dass sich die Schule von Bologna die Ausdrücke der Lombardus-Distinction zu eigen macht, so ist es nicht minder interessant zu beobachten, dass auch der umgekehrte Fall eintritt: die Anhänger der *ecclesia gallicana* benutzen die Wendung vom *coniugium initiatum* und *consummatum* und halten trotzdem ihren

¹ Qu. 26 ed. cit. S. 278.

² § 29. 31 ed. Scheurl. Eheschl. S. 170. 171.

³ § 25 ed. cit. S. 169.

⁴ Die Glosse zu c. 5 X 4, 4 bemerkt: *Olim obtinuit consuetudo in ecclesia Mutinensi, ut si quis aliquam desponsasset per verba de praesenti et ante carnalem copulam accipiat et cognoscat, illa sibi adiudicabitur, quam primo cognoverit.*

⁵ Vgl. Schulte, Zur Gesch. des Decret. II. S. 23.

Gegensatz zur *ecclesia transalpina* aufrecht. Die *Summa Coloniensis* bemerkt hierüber Folgendes: Auf Grund der Sacramentslehre Hugo's sei zu behaupten, dass schon von dem ersten Eheconsense (*desponsatio*) an die Ehe eine sacramentale geworden sei, da sie die Beziehungen der Seele zu Gott repräsentire, wenn ihr auch noch das Sacrament Christi und der Kirche fehle;¹ da weiter mit der *desponsatio* ein *initiatum matrimonium* vorliege, so sei auch das *matrimonium initiatum* Sacrament und vollständig unlösbar. Man sieht also: die Unterscheidung der französischen Kirche von der *desponsatio de futuro* und *de praesenti* und die Distinction vom *consensu* oder *desponsatione initiatum*, *copula perfectum coniugium* gehen vollständig in einander über,² nur die verschiedene Sacramentslehre mit ihren Consequenzen für die Lösbarkeit des Ehebandes bildet den Trennungspunct; fällt dieser fort, so kann weiter von einem Gegensatze keine Rede mehr sein.

Als Resultat erhalten wir nach wie vor: Das Eheschliessungsrecht beider Kirchen ist identisch, die Sacramentslehre verschieden.

III. Zum Schlusse habe ich noch einige Bemerkungen gegenüber der abweichenden Literatur zu machen.

Sohm³ zieht aus den Worten des *tractatus e libro Gottwicensi* „*desponsatio quae est signum legitimae coniunctionis VIII causis irritatur*“ den Schluss: Keine Ehe ohne Verlobung, weil nur die Verlobung Eheschliessung. Dieser Satz ist richtig, wenn man unter „*desponsatio*“ den römischen Eheconsens versteht;⁴ unzutreffend dagegen, wenn man, wie Sohm durch das Wort „*desponsatio*“ verleitet, darunter die Willenseinigung über künftige eheliche Lebensgemeinschaft begreift. Auch scheint mir aus der Stelle keineswegs hervorzugehen, dass die

¹ *Summa Coloniensis* § 11—13. § 13 lautet: *Initiatum vero coniugium desponsatione, consummatur defloratione quantum ad sacramenti significationem, non quantum ad veritatem, nisi quod a prima pactione coniugali, contrahentium personarum contractui nihil deest ad substantiam rei, sed tantum ad modum signandi.*

² Hatte doch schon Hugo, der Erfinder der Sponsaliendistinction, von einem *desponsatione initiatum matrimonium* gesprochen. Vgl. oben S. 80.

³ Eheschl. S. 116 ff. Trauung und Verlobung S. 72 ff.

⁴ Freisen (Archiv. 54, 15) bemerkt auch zu dieser Stelle unzutreffend, dass durch die Verlobung zwar das *initiatum matrimonium* entstehe, dass aber, falls daraus eine wirkliche Ehe werden solle, noch die *copula* hinzutreten müsse. Was soll denn dann das *matrimonium initiatum* sein? Kein Verlöbniß und keine Ehe! Hätte Freisen anstatt „wirkliche Ehe“ gesagt „unauflöslche Ehe“, so würde er Recht gehabt haben; aber er will ja gerade beweisen, dass jede Ehe unauflöslch ist und dass nur die unauflöslche Verbindung eine Ehe, also die unvollzogene Verbindung (weil löslich) keine Ehe sei. Und dieser Nachweis ist meiner Ansicht überhaupt nicht zu erbringen. Vgl. unten mehr.

copula carnalis „als erst nach längerer Zwischenzeit eintretend gedacht“ wird;¹ die Auflösungsgründe, wie *maleficium*, *continua aegritudo*, *captivitatis longa detentio* lassen jene Schlussfolgerung als eine nothwendige nicht erscheinen.

Aus der Verkenntung des Begriffes „*desponsatio*“ ergibt sich für Sohm die Consequenz,² dass der *consensus de futuro* kraft kanonischer wie deutschrechtlicher Auffassung den *consensus de praesenti* in sich schliesst. Wenn Sohm hier die Stelle der *Summa Parisiensis* „*Matrimonium hodie non secundum leges fit, sed secundum canones*“ anreicht, und dieselbe in dem Sinne versteht: das Eheschliessungsrecht der Kirche ist nicht mehr römisches, sondern kanonisches, nämlich von der Kirche recipirtes deutsches Eheschliessungsrecht, so ist meines Erachtens der Sinn der Stelle vielmehr dahin zu präcisiren, dass nicht mehr das weltliche Recht, der weltliche Gesetzgeber und Richter über die Ehe zu entscheiden habe, sondern das kirchliche Recht, der geistliche Richter.³

¹ Eheschl. S. 116.

² eod. S. 117.

³ Die *Summa Coloniensis* (Scheurl, Eheschl. S. 77 Anm.) drückt denselben Gedanken so aus: *Matrimonium legibus ecclesiasticis regitur, iuste per ecclesiasticos iudices hinc notae quaestiones dirimuntur*. — Io. Faventinus (Schulte, Rechtshandschriften der Stiftsbibliotheken von Göttweig u. s. w. Wiener Sitzungsber. 57, 591 ff.): *quae quidem coniugia et cum sint iuris naturalis per inventionem et civilis per approbationem iuris tamen ecclesiastici per transmutationem, cum hodie iure poli (im Gegensatze zu iure fori) matrimonia fiunt*. — Vgl. ferner Rufinus (Schulte, Literaturgesch. 1, 126). — Huguccio zu pr. q. 2 C. 27 (Schulte, Literaturgesch. 1, 167 Anm. 32): *Cum hodie tractantur matrimonia iure poli et non iure fori*. Pillius, *De ordine iudiciario*. p. 1 § 8 (ed. Bergmann S. 18): *Haec locum sibi vindicant iure fori in causis saecularibus, secus autem iure poli in ecclesiasticis* ... Vgl. auch eine anonyme *Summa* des 12. Jahrh. (Schulte, Zur Gesch. des Decreta. III. S. 21); *Glossa ordin.* zu c. 29 C. 27 q. 2 verb.: *Scriptum est. Hostiensis, Summa aurea* (Lugdun. 1568) lib. 4. rubr. de sponsal. et matr. §. *Et qualiter dissolvantur* (ed. cit. S. 286 b): *Verum in matrimoniis dissolvendis, requiruntur secundum leges verba certa* ... D. de rep. l. 2 § in sponsal. ... *Verum haec secundum canones non procedunt*. Durantis, *Speculum iuris* (Basileae 1573) lib. 4. p. 4. rubr. de cognat. legali No. 2 (ed. cit. S. 454): „*quia matrimonia non iure fori, sed de iure poli tractantur*, X. distinct. ... *Dicendo enim, quod secundum leges tale matrimonium debet dissolvi, videtur negare hoc secundum canones*. Schon Augustin hat den Gegensatz in ähnlicher Weise hervorgehoben (Sermon. 392, 2. Migne 39, 1710): *Adulteria sunt ista coniugia non iure fori, sed iure coeli*. — Diese Unterscheidung zwischen lex und canon. weltlichem und kirchlichem Rechte, ist übrigens ebenso uralt wie verbreitet, Vgl. Gregor von Nazianz, ep. 176 (Opp. ed. Colon. 1, 881); Augustin, s. oben; Poenit Martenianum c. 37 (ed. Wassersch. S. 290); Benedict. Levit. III, 395; Ep. Nicolai papae Carolo regi [Jaffé 2872 (2174); Mansi 15, 318]. Regino II, c. 115 (ed. Wassersch. S. 259); Hincmar von Rheims, Ep. ad Carolum Calvum regem pro Hincmaro Laudunensi (Sirmond. 2, 326): *leges Ro-*

Die *desponsatio canonica* der *Summa Coloniensis* hat mit deutschem Verlöbnißrechte nichts zu schaffen; sie ist, wie oben nachgewiesen, die von den Kanonisten für den römischen Eheconsens erfundene neue Bezeichnung.¹

§ 20. Weitere Geschichte der Sponsaliendistinction bis zu Alexander III.

I. Die einfachen Grundsätze des römischen Rechtes, welche der Sponsaliendistinction zu Grunde lagen, erfuhren bald in der Theorie verwirrende Zusätze.

Die *Summa Coloniensis* erörtert bereits, über die ursprünglichen Zwecke der Distinction hinausgehend, ob die *desponsatio legalis*, wenn sie eidlich bestärkt sei, die Ehe bewirke. Schon Hugo von St. Victor hatte die Frage aufgeworfen: „an sufficiat coniugio ad praesens contrahendo iuramentum de futuro“² und bemerkt, dass ein solcher Eid (*quod accipiat in futuro*) hierzu nicht geeignet sei; nur der consensus ad praesens bewirke die Ehe; denn wie könnten diejenigen Personen Eheleute genannt werden, welche — wenn auch eidlich — versprächen, solche erst in Zukunft zu werden. Wenn daher Augustin und Isidor sagten „ex prima desponsationis fide coniuges appellari“ und wenn es weiter in den *leges* heisse „illam esse legitimam uxorem (quamvis minime dotata sit) cui vir, tactis sacris scripturis vel in oratorio iuraverit, se illam uxorem habiturum“, so sei hier von solcher *desponsatio* und *iuramentum* die Rede, in welcher Mann und Frau, se invicem recipientes iurant se fidem tori et alia iura coniugii ad praesens et deinceps servaturos.³

manae ac canones. *Summa legum* des Codex Gottwic. (Schulte, Wiener Sitzungsber. 57, 453); Petr. Blesens., spec. iudic. (ed. Reimar.) c. 2 (S. 22. 23), c. 14 (S. 36), c. 16 (S. 40), c. 18 (S. 44), c. 47 (S. 88; hier werden statt *leges* und *canones* auch die Ausdrücke *ius civile* und *canonicum* gebraucht); Ricardus Anglicus, ordo iudiciarius (ed. Witte. Hal. 1853), tit. de appellat. § quando; Pilius, ordo iud. p. 2 § 18 (ed. Bergmann S. 41); Damasus, ordo iudic. (Wunderlich, Aneecdota. Gotting. 1841), tit. 48 (S. 72), tit. 60 (S. 98), tit. 83 (S. 114); Tancred., ordo iudic. (ed. Bergmann) p. 2 tit. 6 § 2. 4 (S. 147), p. 3 tit. 2 § 3 (S. 232), p. 3 tit. 15 § 3 (S. 263), p. 3 tit. 15 § 5 (S. 266), p. 4 tit. 1 § 5 (S. 273), p. 4 tit. 15 § 11 (S. 297) u. a. m.

¹ Wie wenig die Sponsaliendistinction mit deutschem Rechte zu thun hat, zeigt ein Blick in die *Summa Coloniensis*. Der § 9 (Scheurl, Eheschl. S. 166) bemerkt hier: *His Gallicana ecclesia respondens desponsationem in legalem et canonicam distinguit, i. e. quae in praesens vel in futurum concipitur. Est enim legalis desponsatio futurarum nuptiarum mentio et repromissio, quae sponsalia vocatur, et haec nuptias atque coniugium spondet, non efficit.*

² *Summa Sentent.* 7, 7 (Migne 176, 160).

³ Tale enim iuramentum facit coniugium, non illud, quod pertinet simpliciter

Iuramentum de futuro ist das durch Eid bestärkte Versprechen.¹ Deshalb behandelt Lombardus dieselbe Frage unter dem Titel „Si consensus de futuro cum iuramento faciat coniugium?“² und entscheidet sie aus fast denselben Gründen wie Hugo (De sacram. 2, 11. c. 5), dem er sogar ganze Sätze wortgetreu entnommen hat, im verneinenden Sinne. Wenn Jemand nach einem eidlich bestärkten consensus de futuro eine Ehe mit einer anderen Person eingehe, so sei er zwar wegen Eidbruchs zu bestrafen, aber die zweite Ehe bestehe zu Recht; anders liege dagegen der Fall, wenn der Eid als Bestärkungsmittel des consensus de praesenti auftrete. Der Verfasser der Summa Coloniensis referirt die soeben vorgetragene Ansicht des Lombardus und bemerkt dazu, dass dieselbe bei den meisten Kanonisten Anklang gefunden habe. Einige von ihnen unterschieden aber zwischen „matrimonium contrahere“ und „accipere“; und verständen unter accipere: „traducere vel domi habere“. Wenn Jemand schwöre, se accepturum aliquam, so contrahire er — obwohl accepturum auf die Zukunft gehe — doch schon gegenwärtig die Ehe, weil er in die eheliche copula und die individua consuetudo einwillige. Das Gleiche sei natürlich auch bei einem nicht durch Eid bestärkten derartigen Versprechen der Fall.³ Durch Worte der zukünftigen Zeit könne also ein auf die Gegenwart gerichteter Consens ausgedrückt werden.⁴

Durch diese sonderbare und verwirrende Ansicht sollte aber nicht etwa eine neue Begriffsbestimmung gegeben werden, sondern der consensus de futuro und de praesenti sollten nach wie vor geschieden bleiben.

II. Nachdem wir im Vorstehenden gezeigt haben, wie auch jene an und für sich klare Unterscheidung von consensus de futuro und de praesenti verdunkelt und ihr Verständniss erschwert wurde, wollen wir jetzt einen Blick darauf richten, ob und inwiefern eine Fortbildung der Sponsalientheorie erfolgt sei.

Betrachten wir zunächst die Terminologie.

Hugo von St. Victor sprach noch fast ausschliesslich von consensus per verba de praesenti expressus, im Gegensatze zu iura-

ad futurum. Cum enim non fiant coniuges, nisi illi qui se ex consensu ad praesens recipiunt, quomodo coniuges appellari possunt, qui nondum hoc fecerunt, sed in futuro se facturos iurando promittunt?

¹ Derselbe Gedanke wird in De sacram. 2, 11 c. 5 (Migne 176, 486) ausgeführt.

² Sent. 4, 28 (Migne 192, 914).

³ § 42 (Scheurl, Eheschl. S. 174).

⁴ § 44 eod.

mentum,¹ desponsatio ad futurum² (sponsio mutua),³ und bemerkte ausdrücklich, dass die Bezeichnung desponsatio für den consensus de praesenti eine uneigentliche sei.⁴ Lombardus redet hauptsächlich von consensus per verba de praesenti oder de futuro expressus, in der Folge von desponsatio habens consensum de praesenti, ubi fuit pactio coniugalis de praesenti oder pollicitatio contrahendi matrimonium;⁵ desponsatio gilt ihm nur als uneigentlicher Ausdruck für den consensus de praesenti. Seit Lombardus wird aber diese Ausdrucksweise häufiger, wozu namentlich Gratian — wie oben⁶ erwähnt — beigetragen hat. Indem der ursprüngliche Gedanke mehr und mehr vergessen wird, tritt allgemein an die Stelle des consensus coniugalis die desponsatio bzw. in der ecclesia gallicana die desponsatio in praesens concepta⁷ — ohne dass damit natürlich das zu Grunde liegende Recht irgendwie aufgegeben worden wäre. Die Anhänger von Lombardus und Gratian brauchten eben nicht mehr wie diese die Distinction zu eruiren und zu begründen. Die später so geläufig gewordenen Ausdrücke „sponsalia de praesenti und de futuro“, welche den ursprünglichen Rechtsgedanken noch schwieriger erkennen lassen, finden sich in den besprochenen Quellen noch nicht; je mehr man aber den eigentlichen Sinn der Unterscheidung der beiden desponsationes vergass, d. h. je mehr man ausser Augen liess, dass es sich hierbei um die Distinguirung des in bestimmten Stellen vorkommenden Wortes „desponsatio“ handelte, um so mehr war die Möglichkeit der Ausbildung dieser kurzen und prägnanten, grammatisch auch nicht unberechtigten Bezeichnung gegeben. Hierzu kam noch Folgendes: Schon Lombardus, der Vertreter der „ecclesia gallicana“, hatte das Wort „sponsalia“ als für die beiden pactiones anwendbar bezeichnet, wenn er dies auch nur mit Einschränkung that⁸ und den Ausdruck wie seine Anhänger⁹ nie für die despon-

¹ Quaestiones in epistol. I. Pauli ad Cor. qu. 55. (Migne 175, 524).

² Summa Sent. tract. 7, 7 (Migne 176, 160).

³ De sacram. 2, 11 c. 4 (Migne 176, 485).

⁴ De sacram. 2, 11 c. 5 (Migne 176, 488).

⁵ Sent. 4, 27 § 3. 5. 9. 10. Einmal wird von sponsio futuri gesprochen. Ueber „sponsalia“ in Sent. 4, 27 § 11 vgl. unten. ⁶ S. 96.

⁷ Ueber die Annäherung der beiden Schulen bezüglich der Terminologie s. oben S. 107.

⁸ Sent. 4, 27 § 11: „Sunt enim quaedam nuptialia pacta de futuro, ex quibus sponsi et sponsae vocantur, nec ex inde coniuges sunt. Et est pactio quaedam coniugalis de praesenti quae sponsum et sponsam etiam coniuges facit. Et utraque pactio desponsatio vel sponsalia interdum dicuntur; proprie tamen sponsalia dicuntur quaedam solemnia pacta nuptialia.“

⁹ Summa Colon. (Scheurl, Eheschl. S. 166): „His Gallicana ecclesia reponens desponsationem in legalem et canonicum distinguit, i. e. quae in praesens

satio de praesenti gebraucht hat. Auf der anderen Seite hat aber Gratian sponsalia als unvollzogene Ehe bezeichnet,¹ und einer seiner Anhänger² statt von desponsatione initiatum matr. von sponsalibus initiatum geredet. Wenn somit die ecclesia transalpina von sponsalia anstatt von desponsatio sprach, war es ganz natürlich, dass die ecclesia gallicana im Gegensatze hierzu und zur Aufrechterhaltung ihrer Distinction ihre Terminologie desponsatio de praesenti u. s. w. mit sponsalia de praesenti u. s. w. vertauschen musste.

Soweit nach unseren rechtshistorischen Kenntnissen festgestellt werden kann, dürfte der Glosse zu den Excep. Decret. Grat. der Ruhm zuzuerkennen sein, diese Ausdrücke zuerst angewendet zu haben.³

III. Schon in dieser Periode lässt sich der Satz nachweisen, dass sponsalia de futuro mit hinzugetretener copula als sponsalia de praesenti zu betrachten seien.

Zu seiner Ausbildung hatten verschiedene Momente vorbereitend gewirkt.

Bei Darlegung der Ansichten Hugo's habe ich gezeigt, welche Bedeutung der consensus copulae, carnalis commercii, bei den zeitgenössischen Schriftstellern besessen hat. Der Consens, gerichtet auf die copula, schuf nach der Ansicht der Letzteren die Ehe. Wie konnte aber dieser Consens besser constatirt werden, als durch die copula selbst? So wurden denn auch in der That, nach Hugo's Bericht, consensus coitus und coitus vielfach gleichbedeutend gebraucht.⁴

Hugo selbst legt bekanntlich dem consensus copulae keinerlei Werth bei, hat aber denselben Grundgedanken, welchen die Anhänger jener Theorie für die copula ausgesprochen haben, für dasjenige ausgedrückt, worauf seiner Ansicht nach der Eheschliessungswille gerichtet war: In der Herstellung der Lebensgemeinschaft ist der consensus de praesenti zu finden.⁵

Erblickte man den Inhalt des Eheschliessungswillens in der copula, so lag nach demselben Grundgedanken in dem freiwilligem Vollzuge der copula der Eheschliessungswille ausgesprochen. Dies ist so selbstverständ-

vel in futurum concipitur. Est enim legalis desponsatio futurarum nuptiarum mentio et repromissio, quae sponsalia vocatur etc."

¹ Vgl. oben S. 95.

² Joh. Faventinus (Schulte, Literaturgesch. 1, 124 Anm. 13).

³ Fitting, Glosse zu den Exceptiones legum Romanorum des Petrus. Halle 1874. S. 67 Anm. 481. — Ueber den Verfasser, Entstehungs-Zeit und -Ort vgl. Schulte, Ueber drei in Prager Handschriften enthaltene Canonen-Sammlungen. Wiener Sitzungsber. 57, 225 ff.

⁴ Vgl. u. A. De sacram. christ. fidei II, 11 c. 5 (Migne 176, 487); De beatae Mariae virginitate c. 1 (Migne 176, 864).

⁵ Vgl. oben S. 65.

lich, dass es eines ausdrücklichen Zeugnisses gar nicht bedürfte. Ein solches besitzen wir aber in einer Stelle der *Sententiae* des Lombardus,¹ welche um so interessanter ist, als sie die — von Hugo und Lombardus abweichende — gemeine Ansicht wiedergiebt:

Praemissas autem auctoritates, quibus asseritur, quod consensus matrimonium faciat, ita intelligi volunt, ut consensus vel pactio coniugalis non ante coitum facit matrimonium, sed in coitu.

Wir haben bis jetzt nur gesehen, dass in der Vollziehung der copula oder nach Hugo in der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch *traductio*, *accipere*, der eheliche Consens erblickt wurde. Von einer Verwandlung des *consensus* oder *iuramentum de futuro* in eine Ehe oder nach späterer Terminologie der *sponsalia de futuro* in *sponsalia de praesenti* haben wir nichts gehört. Zur Ausbildung dieses Satzes bedurfte es aber keines neuen Momentes. Denn, wenn die *traductio*, die copula den Eheconsens darstellen, so thun sie dies auch, wenn Verlöbnisse vorausgegangen sind. Juristisch ist hier von einem Verwandeln des Verlöbnisses in Ehe keine Rede; es wird eben die Ehe geschlossen, aber nicht etwa durch die copula, durch die *traductio*, sondern durch den in diesen zur Erscheinung gelangenden Consens; denn „*consensus facit nuptias*“ ist ein Fundamentalsatz aller Kanonisten, die hier in Frage kommen.

In einer schwer zu interpretirenden Stelle der *Summa Coloniensis* liegt obiger Gedanke klar zu Tage. Die *Summa* hatte von der Ansicht derer berichtet, welche zwischen den Worten „*matrimonium contrahere*“ und „*accipere*“ unterschieden und annehmen zu müssen glaubten, dass ein *iuramentum de futuro* „*se accepturum aliquam*“ die Ehe begründe, weil hierin ein Consens in die *coniugalis copula* und die *individua vitae consuetudo* zu erblicken sei.² Hieran schliesst sich folgende Stelle:

Item si non cum iuramento: quando ergo inter vos matrimonii contractus celebrabitur? Non in traductione, non in carnis commixtione. Esto etiam, quia saepe fit, quod non alio pacto in medio interveniente.

Diese Stelle ist meiner Ansicht nach folgendermassen zu verstehen:

Wenn man das *accipere* in dem vorstehend ausgeführten Sinne auffasst, so ist es gleichgültig, ob zu dem *consensus de futuro* eine eidliche Bestärkung hinzugetreten ist oder nicht. Es entsteht dann aber die Frage, wann wird hier der eigentliche Ehevertrag geschlossen (dies

¹ Vgl. *Sent.* 4, 27 § 8 (Migne 192, 912).

² Vgl. Scheurl, *Eheschl.* S. 174.

will bedeuten: die sponsalia de futuro sind doch immer nur Verlöbniß, ein Eheconsens muss noch hinzutreten). Eigentlich liegt ein solcher Vertrag nicht in der traductio, und nicht in der carnis commixtio; aber es muss doch so sein und man muss es doch wohl annehmen, weil es sehr häufig vorkommt, dass nach Abschluss des Verlöbnisses ohne weiteren Ehevertrag (desponsatio de praesenti) traductio bez. copula erfolgen.¹

Die Summa bestätigt also zunächst die Gewohnheit, dass nach sponsalia de futuro die Geschlechts- oder Lebensgemeinschaft direct hergestellt wird, und ferner die Ansicht, dass in beiden der eheliche Consens, matrimonii contractus oder, wie der Gegensatz zur desponsatio de futuro klar ergibt, die desponsatio de praesenti gefunden werde.²

Dieser Rechtssatz weist gleichfalls auf römisches Recht hin. Auch hier war diese juristische Bedeutung der in domum deductio bekannt.³ Im kanonischen Rechte tritt die copula gegenüber der Herstellung der Lebensgemeinschaft stärker hervor, weil sie hier wegen des Ehesacraments überhaupt eine grössere Rolle spielt.⁴

Fünftes Capitel.

Die Vereinigung der beiden Distinctionen unter Alexander III.

§ 21. Die Gründe der Vereinigung.

Schroff standen sich ursprünglich die Ansichten des Lombardus und Gratian gegenüber.⁵ Dort die Unauflöslichkeit der unvollzogenen Ehe ohne jede Ausnahme, hier die volle Unauflöslichkeit nur der vollzogenen Ehe; aus diesem Grunde dort die Distinction der desponsatio de futuro und de praesenti, hier die Unterscheidung des coniugium desponsatione initiatum, copula consummatum.

Aber sehr bald milderte sich dieser Gegensatz.

I. Was die Wirkungen der copula betrifft, so finden wir die Mei-

¹ Anders lässt sich das „Non alio pacto in medio interveniente“ nicht erklären.

² Es lässt sich auch weiter aus dieser Stelle entnehmen, dass Geschlechts- und Lebens-Gemeinschaft nicht mehr in der Weise getrennt wurden, wie dies bei Hugo gegenüber der zu seiner Zeit gemeinen Ansicht geschehen war. Dieses Factum lässt sich schon aus Lombardus (Sent. 4, 27 § 6. Migne 192, 911) constataren, und auch Gratian bezeichnet, trotz seiner feststehenden Ansicht über die Wirkungen der copula, den ehelichen Consens seinem Inhalte nach als den consensus cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi (c. 3 § 1 C. 27 q. 2). — Vgl. u. A. auch noch die erwähnte Quaestionensammlung q. 10. Thauer S. 250.

³ Vgl. oben S. 16.

⁴ Die abweichenden Ansichten über die copula s. unten.

⁵ Vgl. oben S. 103 Anm. 3.

nung Gratians nicht nur bei erklärten Anhängern vertreten, sondern auch in Schriften anerkannt, welchen die Sponsalien-Unterscheidung ganz geläufig war.

Ich will an diesem Orte nur die mehrfach genannte Quaestionsammlung anziehen, zumal uns hier Anlass geboten wird, eine sehr interessante Stelle kennen zu lernen und dabei auf einen noch nicht besprochenen Punct näher einzugehen.

Der Verfasser entwickelt nämlich in q. 26¹ scheinbar die sonderbare Ansicht, dass der durch *verba de praesenti* ausgedrückte Consens zur Eheschliessung nicht genüge, dass vielmehr *subarrhatio annuli vel iurisiurandi religio vel carnalis copula* hinzutreten müssten. Es wird hier also Bestärkung des Eheconsenses durch Eid oder sonstige Bestärkungsmittel eines Vertrages, oder auch durch *copula* verlangt. Was letztere betrifft, so sehen wir hier die Gratian'sche Theorie, dass der *consensus de praesenti* nicht allein die unauflösliche Ehe bewirke,² in Verbindung gebracht mit der Sponsalientheorie, wenigstens mit deren Ausdrucksweise. Die *subarrhatio* und der Eid werden bloss mit Rücksicht auf die Beweisbarkeit und grössere Festigkeit des Ehevertrages erwähnt. Die zweite Unterfrage der Quaestio handelt ja ausdrücklich von dem Beweise der Eheschliessung durch Zeugen, und im Anschluss hieran folgt die dritte Unterfrage, in welcher von der Auflösbarkeit der Ehe gesprochen wird. Wenn daher der Verfasser in seiner Beantwortung zu dem Ergebnisse gelangt, dass der Consens allein die Ehe nicht bewirke, so heisst dies meines Erachtens mit Bezug auf jene erstere Frage: der Consens allein schafft noch kein absolut gegen Anfechtungen sicheres Eheband,³ und mit Bezug auf die andere: der Consens allein schafft noch keine unauflösliche Ehe.⁴

Diese Quaestio bietet auch insofern Interesse, als wir hier bereits die Bestärkungsmittel des Ehevertrages erwähnt finden. Die mit der Formlosigkeit verbundene Gefahr der Nichtbeweisbarkeit der Eheschliessung im Ablehnungsfalle⁵ musste vorsichtige Contrahenten ver-

¹ Q. 26. ed. Thamer S. 278.

² Vgl. den Schluss der Quaestio.

³ Vgl. auch den Schluss der zweiten Unterfrage a. a. O, S. 278.

⁴ Wenn Freisen aus dieser Stelle den Satz entnimmt, dass der Consens nicht die Ehe bewirke, weil erst durch die genannten drei Momente die Verbindung unauflöslich und damit Ehe werde, so muss der Satz, dass der Verf. erst die unauflösliche Verbindung für eine Ehe gehalten habe, noch bewiesen werden.

⁵ Zur Illustrirung möge der Umstand dienen, dass nach Frensdorffs Mittheilungen über ein Urtheilsbuch des geistlichen Gerichtes zu Augsburg (Zeitschrift 10, 7) aus dem Jahre 1349 nicht weniger als 111 Urtheile vorliegen, in denen es sich um Zuerkennung einer Person als Ehegatten auf Grund behaupteter

anlassen, sich bei der Eheschliessung gegen derartige Anfechtungen zu sichern. So finden wir denn eidliche Gelöbnisse, die Ehefrau nie zu verlassen, *arrahae*, und endlich wird als das wichtigste Schutzmittel gegen die Auflösbarkeit die *copula* genannt. Sie ist zweifellos bereits in dieser Periode als Präsumption für den ausgesprochenen Eheconsens angesehen worden,¹ und erfüllte so den Sicherungszweck in erhöhtem Masse.²

Die drei Momente (*Eid*, *arrahae*, *copula*) erscheinen also als Bestärkungsmittel des Ehevertrages bzw. als Festigungsmittel des ehelichen Bandes.

Daher spricht noch Clemens III.³ — wenn ich diese Entscheidung im Voraus anführen darf — gleichbedeutend von einem *matrimonium iuramento firmatum* und *utriusque copula confirmatum*.

II. Auf eine Vereinigung beider Theorien wies ferner die Lehre von der sogen. Umwandlung der *sponsalia de futuro* in *desponsatio de praesenti* durch die *copula* hin. Diese Wirkung wird nach der herrschenden Meinung nicht nur der *traductio*, sondern auch der *copula* beigelegt:⁴ Die verschiedenen Ansichten über den Inhalt des Eheconsens decken sich also bezüglich dieser Consequenz.

III. Vor allen Dingen musste aber zu einer Verschmelzung der Umstand hinführen, dass der vornehmste Trennungsgrund der beiden Distinctionen, die Verschiedenheit in der Sacramentslehre, beseitigt wurde: Theorie und Gesetzgebung vereinigten sich nämlich zur Reception der Gratian'schen Sacramentslehre. Es war doch ein missliches Unternehmen von Seiten der beiden Scholastiker gewesen, der Jahrhunderte lang anerkannten Sacraments-Theorie entgegenzutreten.⁵ Ihre

sponsalia de praesenti handelt, und von welchen über 80 wegen mangelnder Beweise auf Klagabweisung lauten. Vgl. übrigens Weiteres unten.

¹ Vgl. oben S. 114.

² Vgl. das Nähere unten.

³ Compil. II c. 5. 4, 12.

⁴ Vgl. oben S. 115.

⁵ Grossen Anhang muss die neue Sacramentslehre nicht gewonnen haben. Von der Summa Coloniensis abgesehen, scheint Cardinalis Vertreter derselben gewesen zu sein. Vgl. Glossen bei Maassen, Beiträge zur Geschichte der juristischen Literatur des Mittelalters. Wien 1857. S. 15 (zu c. 17 C. 27 q. 2; zu c. 34 eod.; es wird über ihn so berichtet: *Cardinalis dicit: nuptiale ministerium, i. e. maritalis affectus, quia, ut dicit, non potest intelligi de carnali copula, cum loquatur de concubina*; vgl. die Glosse ebenda), S. 23 (zu c. 36 C. 27 q. 2, wobei es am Schlusse heisst: „*Quomodo ergo carnali commixtione coniugium potest perfici sine Deo, qui dedignatur esse praesens quando illa carnalis coniunctio geritur...*“). Trotzdem also Cardinalis die Entscheidung des Papstes Leo (c. 17 C. 27 q. 2, s. vorhin) richtig interpretirt, ist er doch nicht auf den Gedanken gekommen — auf welchen übrigens der Wortlaut führen musste —, dass c. 16 nur ein Auszug aus

strengen Folgerungen aus der Sacramentslehre für die Unauflösbarkeit der Ehe konnten namentlich dort keine allgemeine Aufnahme finden, wo man seit langen Zeiten die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe gelehrt hatte. Vorauszusehen war es insbesondere, dass der allgemein anerkannte Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe, der Eintritt in das Kloster, eine der wichtigsten Consequenzen der Gratian'schen Theorie, nicht aufgegeben werden würde. Auf der anderen Seite war es aber ebenso erklärlich, dass man denjenigen Auflösungsgrund, welcher zu den grössten Bedenken Veranlassung gegeben und einen der Hauptstreitpunkte der beiden Kirchen gebildet hatte: die nachfolgende vollzogene Verbindung, auf die Dauer nicht aufrecht erhalten konnte. Geschah dies aber, so recipirte man auch die Lehre des Lombardus in einer wichtigen Consequenz.

Die geschichtliche Entwicklung schlägt in der That die soeben geschilderte Bahn ein.

§ 22. Die Vereinigung durch Alexander III.

Alexander III. hatte sich schon in seinem Stroma gegen die Bologneser Lehre von der Auflösung der unvollzogenen Ehe durch eine nachfolgende vollzogene erklärt, aber trotzdem mit der damals herrschenden Lehre zu brechen nicht gewagt. Letzteres scheint ihm auch als Papst nicht leicht geworden zu sein; verschiedene Decretalen legen hiervon Zeugnis ab. In einem Schreiben an den Bischof von Padua¹ meint er, dass in gedachtem Falle ein in verschiedenen Kirchen herrschender Gebrauch die zweite vollzogene Ehe zwar bestehen liesse, die gegentheilige Entscheidung aber doch wohl passender sei (*convenientius videtur*). In einer zweiten Decretale² hält er es für „*tutius*“, dass der Mann die

diesem Papstbriefe und ebenso wie dieser zu verstehen sei; er erklärt c. 16 vielmehr durch Impotenz (*Cardinalis legebat hoc cap. de arcta, Gl. zu c. 16 C. 27 q. 2 Casus*). — Wie *Cardinalis* waren auch Huguccio und Bassianus Vertreter der neuen Sacramentslehre (vgl. unten).

¹ Compil. I. c. 4 (6) 4, 4 (ed. Friedberg, Lips. 1882).

² Compil. I. c. 5 (7) 4, 4. Der Schlusssatz: *Sane quamquam mulieri desponsatae et viro nondum cognitae liceat ad religionem transire, aliam tamen non potest ducere in uxorem*“ scheint zwar das Gegentheil auszusprechen; meines Erachtens ist derselbe aber so zu verstehen: Die religio bildet zwar einen Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe, nicht dagegen die zweite, vollzogene Verbindung. Von diesem Auflösungsgrunde handelt nämlich die ganze Stelle. Bei solcher Auslegung erhält dieselbe nicht nur einen verständlichen Sinn, sondern sie steht auch im Einklang mit sonstigen Entscheidungen Alexanders. Wäre nämlich die Decretale nicht so zu interpretiren, so hätten wir allerdings einen interessanten Beleg dafür, dass Alexander III. in der Reception der Lombardus-Theorie bis zur Verwerfung des *votum* als Auflösungsgrundes gegangen

erste nicht erkannte Ehefrau behalte, da er von derselben ohne Urtheil der Kirche nicht getrennt werden solle, also mit anderen Worten, da eine Selbsttrennung nicht gestattet sei. Es wird aber gleich noch hinzugefügt, dass eine unvollzogene Ehe durch Eintritt in das Kloster gelöst werden könne. Diese beiden Entscheidungen sind noch zögernd gegeben worden, unter Aufrechterhaltung der abweichenden Gewohnheiten anderer Kirchen. Und in der That scheinen sie auch zur Beseitigung der letzteren wenig beigetragen zu haben.¹ Eine definitive Entscheidung finden wir in der berühmten Decretale *Licet praeter solitum*. Die Bedeutung dieser Decretale,² der eine ganze Reihe ähnlicher gefolgt ist, besteht zunächst darin, dass eine Consequenz und ein Hauptsatz der Lehre der Scholastiker zu gemeinem Rechte erhoben und somit ein Lehrsatz Gratians und der Schule von Bologna verworfen wurde. Ich sage mit Grund: nur eine Consequenz, nur ein Lehrsatz; denn in derselben Decretale³ wird auch eine Consequenz der Gratian'schen Lehre anerkannt: die nachfolgende vollzogene Ehe wird als Auflösungsgrund beseitigt, das *votum* dagegen als solcher ausdrücklich bestätigt. Man gewinnt in dieser Decretale den Eindruck, als ob der Papst, der seiner eigenen Ueberzeugung gemäss und mit vollem Rechte den einen Auflösungsgrund verwarf, sich ausdrücklich dagegen hätte verwahren wollen, dass man in seiner Entscheidung eine stillschweigende Billigung des Fundamentalsatzes von Lombardus, wonach die unvollzogene Ehe überhaupt unlöslich sei, fände. Der Charakter einer *reservatio* tritt umsomehr hervor, als die Sätze über das *votum* an und für sich

wäre, andererseits aber einen eclatanten Widerspruch in der päpstlichen Gesetzgebung selbst (vgl. z. B. c. 3 X 4, 4). Deshalb dürfte auch eine dritte mögliche Auslegung: „die Decretale betreffe bloss die Gewohnheit der französischen Kirche“, von der Hand zu weisen sein. Unzutreffend nach meiner Ansicht Freisen, Archiv 54, 32. ¹ Vgl. unten.

² Da c. 4 (6) 4, 4 Compil. I, in welcher der Ausspruch des Papstes nicht unbedingt, nicht bestimmt lautet, in die Jahre 1169—1181 fällt, so ist damit auch von selbst gegeben, dass die definitiv redende und allem Zweifel die Spitze abbrechende Decretale *Licet praeter solitum* erst in dieser Zeit, d. h. also nach obiger Decretale, erlassen sein kann. Es lässt sich zwar direct nicht mit absoluter Sicherheit nachweisen, dass *Licet praeter solitum* diejenige Decretale gewesen sei, in der Alexander III. zum ersten Male mit Bestimmtheit jenen Auflösungsgrund verworfen hätte, denn eine ganze Reihe von Decretalen gleichen Inhalts fallen, soweit unsere chronologische Kenntniss reicht, in denselben Zeitabschnitt (vgl. c. 6 (8) 4, 4. Compil. I), aber aus inneren Gründen möchte ich ihr doch die Priorität zuerkennen. Die Breite der Ausführung, vor allen Dingen aber die Erwähnung der noch herrschenden abweichenden Meinung (*quamvis alii aliter sentiant*) berechtigten wenigstens zu diesem Schlusse.

³ c. 2 X de conv. coni. 3, 32.

überflüssig waren, da hierauf die Anfrage des Bischofs gar nicht gerichtet war, und der Papst weiterhin im Eingange der Decretale sich über besondere Geschäftsüberhäufung beschwert, was alles ihn wohl nicht veranlasst haben würde, ohne weiteren Zweck einen Punct in seinem Schreiben zu berühren, über den er nicht um Aufklärung gebeten worden war.

Der Papst sagt also: bezüglich dieses einen Punctes ist die Lehre des Lombardus richtig; im Uebrigen halten wir aber nach wie vor an der Sacraments- und Eheauflösungslehre Gratians fest.¹ Auch Alexander III. kennt nicht den Satz von der Unauflöslichkeit der Ehe *ex iure naturae*; Ehe und Unauflöslichkeit decken sich nicht, sondern nur sacramentale Ehe und Unauflöslichkeit. Die volle Unauflöslichkeit er giebt sich also erst mit einem von der Eheschliessung zeitlich getrennten Momente. Dieses Princip folgt zwar unzweifelhaft schon aus den aufgestellten Consequenzen; aber wir haben sogar noch eine ausdrückliche Bestätigung desselben durch den Papst selbst in c. 7 X 3, 32, wo es heisst: *Sane quod dominus in Evangelio dicit, non licere viro, nisi ob causam fornicationis uxorem suam dimittere, intelligendum est secundum interpretationem sacri eloqui de his quorum matrimonium carnali copula est consummatum, sine qua matrimonium consummari non potest [et ideo, si praedicta mulier non fuit a viro suo cognita, licitum est, ad religionem transire]*.

In der That hat Alexander III. auch noch einen zweiten Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe beibehalten, die *affinitas superveniens*,² welcher durch Innocenz III. beseitigt wurde.³

Freisen⁴ knüpft an Alexander III. auch noch die Ausbildung der Eheauflösung durch päpstlichen Dispens. Der Beweis für diese Behauptung scheint mir aber nicht erbracht zu sein. C. 2 X 4, 15 enthält das Anerkenntniss der *consuetudo ecclesiae Gallicanae* bezüglich der Impotenz, beweist also ebensowenig wie c. 3 X 4, 4. Die angezogenen Fälle (c. 3 X 4, 15, c. 2 X 4, 16, c. 2 X 4, 13) geben Instructionen für den erkennenden Richter, nicht dagegen sind sie Entscheidungen des Papstes selbst; c. 12 X 2, 23 ist auch nicht treffend. In Comp. I c. 5. 4, 4 heisst es nur allgemein, dass die Ehe durch das *iudicium ecclesiae* getrennt werden soll, d. h. nicht etwa durch einen Regierungsact des Papstes, sondern durch Erkenntniss des competenten Richters, im Gegensatze zur Willkür der Parteien.⁵ Es

¹ Vgl. c. 3 X. 3, 32; Compil. I. c. 2. 4, 1; vgl. Sehling, Geschlechtsgem. S. 52 ff. ² c. 2 X. 4. 13. Die Rubrik entspricht nicht der *pars decisa*.

³ Sehling, Geschlechtsgemeinsch. S. 85.

⁴ Archiv. 54, 32. 369.

⁵ Vgl. hierüber richtig Ficker a. a. O. II. Ergänzungsband S. 72 Anm.

wird in den kirchlichen Quellen dieser Zeit wiederholt eingeschärft, dass sich die Parteien nicht mehr selbst scheiden dürfen, sondern sich an den zuständigen Richter, d. h. an den geistlichen,¹ zu wenden haben.²

Wenn sich demnach kein directer Nachweis dafür erbringen lässt, dass Alexander III. ex dispensatione die unvollzogene Ehe gelöst habe, so ist doch für die Entwicklung dieses Rechtes bereits der Grund gelegt. Durch den Grundsatz von der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe war diese gleichsam vom göttlichen Gebote losgelöst und menschlichen Satzungen unterworfen und, wo früher allgemein Eheauflösung durch die Parteien (vollzogene Ehe) zugelassen war, sollte jetzt stets Prüfung und Urtheil des geistlichen Richters eintreten, die gesammte richterliche Gewalt war aber im Papste concentrirt. Diesem Gedankengange kam das Verlangen nach einer Rechtfertigung der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe entgegen;³ dasselbe führt zu der Ansicht des Alanus, dass die unvollzogene Ehe auf der *constitutio ecclesiae* beruhe und infolge dessen, da der Papst jede *constitutio ecclesiae* aufheben kann, zur Ausbildung des päpstlichen Dispensationsrechtes.⁴ In der That finden wir auch, wie Freisen richtig bemerkt, nicht lange darauf diesen Satz von Vincentius ausgesprochen.⁵

Aber diese Ansicht steht noch vereinzelt da und beweist ausserdem für Alexander III. gar nichts.

Hostiensis, der die Unterschiede zwischen der consummirten und nichtconsummirten Ehe einzeln aufführt, erwähnt wohl die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe durch *religio*, nicht dagegen durch päpstlichen

¹ Vgl. oben S. 109 Anm. 2.

² Tancred, Summa tit. 6 (S. 10): *Et nota quod in duobus casibus praedictis ipso iure solvuntur sponsalia, scilicet quando intrat religionem et quando contrahit matrimonium cum altero, vel cum altera. In caeteris vero casibus solvenda sunt per iudicium ecclesiae; Hostiensis, a. a. O. lib. 4 rubr. de spons. et matr. § et qualiter dissolvantur. Bei ordo und secundum matrimonium erfolgt Auflösung ipso iure, in nullo autem alio casu sine autoritate episcopi solvi possunt — probetur coram iudice competenti. Alias propria autoritate non debet sponsum relinquere — excipio duos casus in quibus solvuntur ipso iure. Diese beiden Stellen handeln zwar von echten Verlöbnissen, aber der Ausdruck „iudicium ecclesiae“ wird auch so erklärt.*

³ Man beginnt sich des sonderbaren Widerspruches zwischen der Unauflösbarkeit der Ehe *iure naturae* (an die man allmählich denkt) und der Auflösbarkeit der durch Consens geschlossenen, noch unvollzogenen Ehe bewusst zu werden. Vgl. unten.

⁴ Alanus zeichnete sich überhaupt durch curiale Gesinnung aus (Schulte, Literaturgesch. 1, 188).

⁵ Vgl. Gl. zu c. 7 X. 3, 32 verb. consumm.; Hostiensis, lib. 3 de convers. coniug. § et utrum possit exire.

Dispens; zweifellos doch nur deshalb, weil er ein solches Recht des Papstes nicht anerkennt.¹ Ja an einer anderen Stelle verwirft er sogar ausdrücklich die Ansichten des Alanus und Vincentius.² Da Alexander III. für die Auflösung der unvollzogenen Ehe die Sacramentslehre zur Begründung anzieht, so bedurfte er auch nicht der Ausführung des Alanus. Charakteristisch ist es aber immerhin, dass die päpstliche Allgewalt von curial gesinnten Männern bereits um diese Zeit auf das Ehetrennungsrecht ausgedehnt wird.

II. Worin bestand nun das Neue der Entscheidungen Alexanders III.?

Der Sponsaliendistinction lagen die Sätze des römischen Eheschließungsrechtes zu Grunde, welche die Päpste von jeher anerkannt hatten. Waren bezüglich der Eheschließung Lombardus und Gratian im Wesen einer Ansicht, so waren sie es nicht — infolge der Auslegung schwieriger Quellenstellen — bezüglich der Terminologie. Wir haben aber schon oben gezeigt, dass der Gegensatz in der Ausdrucksweise sich vielfach gehoben hatte, und gerade die Decretale Licet etc., welche doch eine Neuerung für Italien hätte einführen sollen, liefert den Beweis, dass die Terminologie des Lombardus auch in Italien bereits die gewöhnliche geworden war. Die Anfrage des Bischofs lautete: *utrum si inter virum et mulierem praestito vel non praestito sacramento, legitimus consensus intervenit de praesenti*. Der consensus de praesenti bildet also in Salerno etwas ganz Gewöhnliches. Der Papst beantwortet diese Anfrage ohne sich nur im Geringsten an den Begriff „consensus de praesenti“ zu stossen, ja er bezeichnet die Terminologie des Lombardus (*ego te accipio in meam etc.*) sogar als „consueta verba“. Also war bereits vor der Gesetzgebung Alexanders die Terminologie gewohnheitsrechtlich in Italien allgemein verbreitet. Und ist dies etwa zu verwundern? Keineswegs! Die Begriffe waren identisch; warum hätte man sich nicht auch der Ausdrücke der französischen Kirche, die sich doch durch eine gewisse Einfachheit auszeichneten, bemächtigen sollen? Man konnte ja die Sacraments- und damit Eheauflösungslehre Gratians aufrecht erhalten, und konnte nunmehr behaupten, dass die sponsalia de praesenti erst nach der copula unlösbar seien.³ Dies ist auch geschehen. Ich will nur daran erinnern, dass nach der Summa Coloniensis die Schule von

¹ lib. 4 rubr. de matr. § quid sit matrimonium (S. 288); vgl. auch lib. 4 rubr. de coniug. lepros. § quoniam lepra.

² lib. 3 de convers. coniug. § et utrum possit exire.

³ Man hätte in den Entscheidungen, welche Gratian und Rolandus von der desponsatio = consensus verstanden, anstatt desponsatio einfach „sponsalia de praesenti“ setzen können. Der Sinn wäre derselbe geblieben, aber auch der Gegensatz der Lehre Gratians zu der des Lombardus.

Bologna die unvollzogene „desponsatio de praesenti“ aus sieben Gründen für lösbar erklärt. Einen von denselben hat Alexander III. beseitigt. Nicht mehr und nicht weniger hat die Decretale beabsichtigt. Von der Reception einer neuen Eheschliessungstheorie ist in derselben weder irgendwo die Rede, noch konnte die Rede sein, denn die desponsationes de praesenti des Lombardus waren ja bereits „consueta verba“ in Italien.

Dies liefert aber einen schlagenden Beweis für die Richtigkeit unserer Untersuchung, dass die Eheschliessungslehren Gratian's und Lombardus' im Wesen identisch waren. Denn wie hätte sich sonst — trotz aufrecht erhaltenen Gegensatzes in der Sacraments- und Eheauflösungslehre — eine Reception der Terminologie des Lombardus in der italienischen Kirche so rasch und ohne jedes Anzeichen eines Widerstandes vollziehen können? Dass Gratian selbst die Distinction des Lombardus nicht recipirte, kann nicht auffallen, wenn man die Entstehungsgeschichte der C. 27. q. 2 vor Augen behält.

Von der bewussten Aufstellung eines neuen internationalen Eheschliessungsrechtes durch Alexander III. kann man nicht reden, denn seine Decretalen geben nur das stets von den Päpsten anerkannt gewesene römische Recht wieder.¹ Diese Grundsätze erhalten allerdings jetzt internationale Bedeutung, da die Kirche um diese Zeit die Ehegerichtsbarkeit erlangt und damit die Möglichkeit ihr eigenes Recht zur Entscheidung über die Gültigkeit der Ehen in Anwendung zu bringen: *Hodie matrimonium non secundum leges fit, sed secundum canones.*² Die Kirche betrachtet es als genügend, wenn der Consens der Parteien vorhanden ist. Nicht mehr erkennt sie also die verschiedenen nationalen Eheschliessungsrechte an, welche weitergehende Anforderungen an das Zustandekommen der Ehen stellen, und, wie bemerkt, hat sie jetzt die Möglichkeit, diesen Grundsatz durchzuführen. Damit war natürlich keineswegs gegeben, dass die Kirche die nationalen Gebräuche irgendwie hätte beseitigen wollen; dieselben blieben nach wie vor bestehen; für die Kirche war aber schon durch formlose Consenserklärung die Ehe geschlossen.

Die Decretalen Alexanders III. sind ferner die ersten päpstlichen Aussprüche, in denen die Sponsaliendistinction ihre ausdrückliche Anerkennung findet und die gewohnheitsmässig bereits verbreitete Terminologie die päpstliche Sanction erhält. Daraus ergibt sich die allgemeine Annahme der Ausdrücke des Lombardus in der folgenden Zeit. Wir erhalten somit internationale Eheschliessungs-Terminologie.

¹ Vgl. bloss die oben erwähnte Decretale Innocenz' II.

² Vgl. oben S. 109 Anm. 2.

Hiervon abgesehen besteht die Bedeutung der Entscheidungen Alexanders III. vor allen Dingen darin, dass der Papst zum ersten Male zu der Frage der Unauflösbarkeit der Ehe Stellung nimmt. Während die Päpste bisher jede Ehe für unlöslich gehalten, einen Unterschied zwischen sacramentaler und nichtsacramentaler Ehe nicht angenommen, Eheschliessung (Consens) und Unauflösbarkeit nicht getrennt hatten,¹ erklärt sich jetzt ein Papst zu Gunsten der abweichenden Ansicht Gratians.²

III. Es wäre nicht präcis ausgedrückt, wenn man sagen wollte, dass Alexander III. die Sponsalientheorie des Lombardus dadurch, dass er sie in seinen Decretalen so ausführlich behandelt, allgemein sanctionirt habe. Die Sponsalientheorie der französischen Kirche hatte ihren Grund in der eigenartigen Sacramentslehre. Letztere hat aber Alexander, wie bekannt, nicht aufgenommen. Er hat vielmehr in die Unterscheidung von sponsalia de praesenti und sponsalia de futuro die Sacramentslehre des Gratian hineingetragen. Die Vereinigung beider Theorien wird somit am besten zum Ausdruck gebracht durch den Satz: sponsalia de futuro sind Verlöbniß, sponsalia de praesenti sind Ehe, durch die copula wird letztere Sacrament. Allerdings hat Alexander III., indem er eine Consequenz des Gratian'schen Satzes aufhob, auch diesen letzteren erschüttert und dadurch, obwohl er selbst zwei Auflösungsgründe ausdrücklich aufrecht erhielt, den Anstoss zur Beseitigung der übrigen Auflösungsgründe der unvollzogenen Ehe gegeben.

Abgesehen von der Sacramentslehre und ihrer Consequenz hat Alexander III. der copula noch in einer anderen Beziehung Bedeutung beigelegt. Unter bestimmten Voraussetzungen findet der Papst in der copula wie in der traductio den ehelichen Consens ausgesprochen.³ Eine solche Präsumption musste ganz besonders dem formlosen Eheschliessungs-

¹ Vgl. oben die Stellen aus Damiani, die Decretale Innocenz' II. u. s. w. Daher auch bei den Päpsten bis zu Alexander III. keine Trennung wegen Impotenz; vgl. Sehling, Geschlechtsgemeinschaft S. 57 ff. 63.

² Dies hat Ficker (a. a. O. II. Ergänzungsband S. 58) übersehen. Wenn die Summa Coloniensis von ecclesia Romana spricht, so meint sie damit nach ihren eigenen Worten die ecclesia transalpina, d. h. die Schule von Bologna („Transalpini“, s. auch ebenda § 25), nicht dagegen die Päpste, welche damals überhaupt noch nicht Stellung genommen hatten. Vgl. Summa Colon. § 38 (Scheurl, Eheschl. S. 173); Summa Parisiensis (Schulte, Zur Gesch. des Decrets II. S. 23): Et adhuc quid melius sit, ignoratur.

³ Wenn in Compil. I. c. 3. 4, 1^o c. 6. 4, 4; c. 5 X 4, 1; c. 9 eod.; c. 13. 15. X 4, 1 dieser rechtliche Charakter nicht so klar zu erkennen ist, so doch in c. 3 X 4, 5; c. 2 X 4, 7; c. 11 X 2, 23; Compil. I c. 6 4, 4.

rechte¹ gegenüber am Platze sein. Die Schäden des letzteren hatten sich auch namentlich unter Alexander III. geltend gemacht. Der Anfang einer Decretale² ist hierfür charakteristisch: *Solet frequenter, ut audivimus evenire, ut super clandestinis coniugiis, quae in archiepiscopatu tuo saepissime contrahuntur, multa litigantium etc.* Der Papst trägt dem Bischof auf, unter Strafe der Excommunication die heimliche Eheschliessung zu verbieten.³ In anderen Entscheidungen betont der Papst ausdrücklich die Nützlichkeit der Eheschliessung vor Zeugen oder *coram ecclesia*⁴ und erwähnt auch, dass die solennitas gewöhnlich angewendet zu werden pflege.⁵ Specieell ist dies in den nach England gerichteten Schreiben der Fall.⁶ Aber nirgends ist hier davon die Rede, dass Ehen ohne solche Förmlichkeit geschlossen keine Ehen und darum löslich seien. *Compil. I. c. 4, 4, 1* enthält nur Strafbestimmungen (*excommunicatio*) und hat nicht die Wirkung einer *lex perfecta*. In der Frage der clandestinen Ehen hat man mit Unrecht einen Zwiespalt in den Decretalen Alexanders III. herausfinden wollen. Das bekannte *c. 2 X 4, 16* hat hierzu Veranlassung gegeben. Hier entscheidet allerdings der Papst die Anfrage, ob eine *desponsatio de praesenti*, der die solennitas in *ecclesia facienda* fehlte, durch eine nachfolgende mit diesem Mangel nicht behaftete und ausserdem vollzogene *desponsatio de praesenti* gelöst werden könne, scheinbar in bejahendem Sinne. Er würde also hier im Gegensatze zu allen anderen Decretalen den Standpunct Gratians und der transalpinischen Kirche vertreten, und müssten daher alle diese Entscheidungen (also auch insbesondere *Licet praeter solitum*) in die Zeit nach *c. 2 X 4, 16*, also nach 1174 fallen. Aber diese Decretale spricht nicht von *consensus de praesenti*, sondern *de futuro*; wenn auch die Worte „*de futuro*“ erst von Raymundus des besseren Verständnisses wegen hinzugefügt sind. Es herrschte nämlich unter den Parteien Streit darüber, ob *sponsalia de praesenti* oder *de futuro* vorlägen. Letzteres wurde von der Frau behauptet und der Papst stellt sich meines Erachtens auf deren Standpunct: wenn sich ergäbe, dass nur ein solcher Consens, wie diese ihn behauptete,⁷ vorgelegen habe, so solle die zweite Ehe bestehen bleiben.

¹ Die vielen Entscheidungen über *sponsalia de futuro* mit hinzugetretener *copula* beweisen das häufige Unterlassen besonderer Ehe-Consenserklärungen. Vgl. auch noch *c. 5 X 4, 1*. ² *Compil. I. c. 4, 4, 4*.

³ Petrus Blesensis (*Specul. iudiciale c. 2. S. 23*) bemerkt: *Praeter legem: quae aliter fiunt, quam leges et canones disponunt; ut habetur de clandestinis coniugiis.*

⁴ Vgl. *c. 3 X 4, 4*.

⁵ Vgl. auch *Compil. II. c. 1, 4, 3*.

⁶ *c. 7 X 2, 27; Compil. I. c. 6, 4, 4*.

⁷ Deshalb vielleicht auch die Wahl desselben Wortes „*asseritur*“, wie oben „*asseruit*“.

Diese Decretale befindet sich also im Einklange mit der übrigen Gesetzgebung Alexanders III., wie derjenigen der katholischen Kirche überhaupt.¹ Zum Ueberflusse will ich noch hervorheben, dass Alexander III. in zwei Entscheidungen, von denen die eine nach England, die andere nach Frankreich gerichtet ist, seine Ansicht über die Clandestinität ausdrücklich niedergelegt hat: In c. 6 (8) 4, 4 Compil. I erklärt der Papst, dass eine auch ohne die in der englischen Kirche üblichen Formalitäten durch sponsalia de praesenti geschlossene unvollzogene Ehe oder eine assensu de futuro mit copula eingegangene Ehe durch eine nachfolgende consummirte Verbindung nicht gelöst werden könne. In c. 2 X 4, 3 hatte der Bischof von Beauvais an den Papst ein Gesuch um Dispensation von dem impedimentum clandestinitatis gerichtet. Alexander III. entscheidet nach geltendem Rechte, dass eine Dispensation nicht erforderlich sei, weil matrimonium solo consensu contrahitur.²

Die Schäden der Formlosigkeit zeigten sich auch in den überaus häufigen Klagen über Ableugnung des Eheversprechens. Hiergegen suchte man sich durch eidliche Bestärkung zu sichern. Findet sich der Eid auch bei desponsationes de praesenti vor,³ so ist doch die eidliche Bestärkung bei den sponsalia de futuro besonders in Gebrauch gewesen,⁴ ja sie ist hier so allgemein angewendet worden, dass das Wort jurare gleichbedeutend mit desponsare de futuro in den Quellen gebraucht wird.⁵ Eine Frau, welche eine desponsatio de futuro geschlossen und darauf die copula mit dem Verlobten vollzogen hat, wird cognita atque jurata genannt.⁶ Die Wirkungen dieses Eides bestanden aber keineswegs darin, dass eine anderweite Ehe dadurch gehindert worden wäre, sondern den Contrahenten drohte die Strafe des Eidbruches.⁷ Charakteristisch ist die Entscheidung in c. 10 X 4, 1, in welcher der Papst Anweisung ertheilt Jemanden zur Vollziehung seines eidlichen Versprechens zu zwingen (nisi rationabilis causa obstiterit). Diese Decretale steht übrigens vereinzelt da, und schon Lucius III. hat in einer in die Decretalensammlung Gregors aufgenommenen Entscheidung⁸ sich dahin aus-

¹ Abweichend — aber meiner Ansicht nicht zutreffend — interpretiren diese Decretale: Sohm (vgl. unten § 31), Scheurl (Eheschl. S. 95 ff.) und Freisen (Archiv. 54, 29 ff.). Im Resultate richtig: Friedberg, Verlobung S. 40 ff.

² c. 14 X 4, 1; vgl. ausserdem noch Compil. II. c. 1. 4, 3.

³ Vgl. z. B. c. 3 X 4, 4.

⁴ c. 5 X 4, 1; c. 9 X 4, 1; c. 10. 13. 15. 16 eod.; c. 3 X 4, 5; c. 2 X 4, 7.

⁵ Vgl. c. 3 X 4, 5; c. 2 X 4, 7. In Compil. I. c. 15. 4, 1: „quod cum ipse mulierem quandam nomine E. iurasset, desponsasset et cognovisset“ bedeutet iurare die desp. de futuro, desponsare die desp. de praesenti. ⁶ c. 13 X 4, 1.

⁷ Vgl. u. a. c. 5 X 4, 1; Compil. I. c. 15. 4, 1, c. 6. 4, 4.

⁸ c. 17 X 4, 1.

gesprochen, dass die Eheschliessung frei sein solle und dass daher zur Erfüllung eines eidlichen Versprechens nur durch Ermahnungen, nicht durch Zwang anzuhalten sei. Wie weit übrigens die Achtung vor diesem *juramentum de futuro* ging, zeigt uns eine interessante Entscheidung Alexanders III.¹ Jemand hatte einer Frauensperson das eidliche Versprechen gegeben binnen zwei Jahren mit ihr die Ehe per *verba de praesenti* einzugehen. Nach Abschluss der *sponsalia de futuro* änderte er seine Absicht und wollte in ein Kloster eintreten. Der Papst verordnet, er solle zunächst zur Erfüllung seines Eides die Ehe schliessen und dann die Gelübde ablegen, vorausgesetzt natürlich, dass zur ersten *desponsatio* die *copula carnalis* noch nicht hinzugetreten sei.

IV. Wenn man zum Schlusse die vorgetragenen Aussprüche Alexanders III. in ein System bringen will, so ist an die Spitze der Satz zu stellen: Die Ehe wird durch den auf gegenwärtige Ehebegründung gerichteten und *desponsatio de praesenti* genannten Consens geschlossen.² Klar tritt der Unterschied der *desponsatio de futuro* und der *de praesenti* entgegen. Die erstere ist das Versprechen künftiger Ehe. Da die Ehe aber durch *desponsatio de praesenti* geschlossen wird, so müsste die *desponsatio de futuro* auch das Versprechen künftiger *desponsatio de praesenti* sein, und in der That wird in c. 16 X 4, 1 geradezu als Inhalt der *desponsatio de futuro* das Versprechen bezeichnet „*infra biennium per verba de praesenti contracturum*“.³ Was die Terminologie betrifft, so ist zu bemerken, dass Alexander III. fast nie den Ausdruck *sponsalia de praesenti* u. s. w. gebraucht, wenngleich in c. 7 X 4, 1 offenbar „*sponsalia*“ dasselbe bedeuten soll wie *sponsalia de praesenti*;⁴ er spricht von *desponsatio de futuro*, *sponsio de futuro*, *consensus per verba de praesenti* etc.;⁵ für *desponsatio de futuro* meist auch von *juramentum*. Die Wirkungen der *copula* bestehen zunächst darin, dass sie allein die Sacramentalität und damit die volle Unauflösbarkeit der Ehe bewirkt, denn die unvollzogene Ehe ist zwar Ehe, aber in Ausnahmefällen doch noch löslich. Andererseits ersetzt die *copula* unter bestimmten Voraussetzungen den Eheschliessungswillen, der in ihr präsumirt wird. Der *copula* wohnt also eventuell die Wirkung des con-

¹ c. 16 X 4, 1.

² Freisen (Archiv. 54, 33) begeht auch hier denselben Fehler, dass er erst die unauflösliche Ehe als die eigentliche Ehe hinstellt. Auch Alexander III. soll dieser Ansicht gewesen sein. Der Beweis des Gegentheils liegt in vorstehenden Ausführungen. Vgl. übrigens auch unten.

³ Gegen Sohm vgl. unten § 31.

⁴ Dagegen wird z. B. in c. 4 X 4, 1 deutlich zwischen *sponsalia* und *matrimonium* unterschieden. Vgl. auch c. 8 X 4, 1. ⁵ c. 2 X 4, 14.

sensus de praesenti inne und dies hat namentlich zur Folge, dass sponsalia de futuro durch copula zu Ehen, desponsationes de praesenti, werden.

§ 23. Bernhard von Pavia.

I. Bernhard von Pavia ist für unsere Frage von besonderem Interesse, nicht etwa durch eine hervorragende systematische Gestaltung der durch Alexander III. recipirten Sponsaliendistinction mit ihren Consequenzen, noch auch durch eine theoretische Fortbildung des durch die Gesetzgebung statuirten Rechts; seine Bedeutung beruht für uns vielmehr in dem Umstande, dass er den Entwicklungsgang der Sponsaliendistinction in seinen Schriften durchgemacht hat, dass diese somit interessante Aufschlüsse über die Natur der Distinction gewähren. Es sind bei Bernhard zwei Perioden zu unterscheiden: In der ersten war er durchaus Anhänger des Lombardus und in der anderen vertritt er die Vereinigung von Gratian und Lombardus, wie sie sich definitiv durch Alexander III. für die Zukunft vollzogen hat. Die Summa de matrimonio gehört der ersteren Periode, die Summa decretalium der letzteren an und daher erklärt sich auch der Umstand, dass Bernhard in einer wichtigen Stelle (Summa decret. 4, 16 Laspeyres p. 177) seine in der Summa vorgetragene Ansicht ausdrücklich berichtigt hat.

II. In der Summa de matrimonio beginnt Bernhard mit der Ehe-definition des römischen Rechts und bemerkt dann, dass der Consens, welcher in den Worten „volo te in meam oder accipio te in meam“ u. s. w. ausgedrückt zu werden pflege, die Ehe bewirke. Dass Bernhard hier, trotz des folgenden Satzes, an die desponsatio de praesenti gedacht hat, ergibt sich sowohl aus der Geschichte der Sponsalien-theorie, als auch aus tit. 8 der Summa.¹ In der Summa de matrimonio steht Bernhard bezüglich der Unauflöslichkeit der Ehe vollkommen auf dem Standpunkte des Lombardus. Die (unvollzogene) desponsatio de praesenti hält er für absolut unlöslich,² und beruft sich hierfür auf die consuetudo der römischen Kirche, welche Alexander III. in der Decretale „Sicut romana“³ bekräftigt habe, obwohl noch darüber verschiedene Gewohnheiten beständen und unter den Gelehrten keine Einigkeit herrsche. Die Frage, ob die sponsa de praesenti ohne Willen des sponsus in das Kloster gehen könne, sei unter den Decretisten streitig.⁴

¹ Ed. Laspeyres. Ratisbon. 1861. S. 298.

² Tit. 1 (ed. cit. S. 287, tit. 8 (S. 298 ff.), tit. 10 (S. 302).

³ Tit. 8 (S. 298 ff.). Compil. I. c. 5. 4, 4. — Die Summa scheint also vor der Decretale „Licet praeter solitum“ zu liegen.

⁴ Tit. 8 (S. 299): „... et adhuc sub iudice lis est.“

Die Mehrzahl verneine die Frage und interpretire die scheinbar entgegenstehenden Entscheidungen c. 27. 28. C. 27 q. 2 als von der sponsa de futuro handelnd.¹ Bernhard schliesst sich dieser Ansicht an, steht also vollständig im Banne der Distinction des Lombardus, obgleich ihm die entgegenstehende Praxis der Kirche bekannt ist.²

III. Einen abweichenden Standpunct nimmt Bernhard dagegen in seiner Summa decretalium ein. Hier finden wir die Vereinigung der beiden Distinctionen: „Trotz Festhaltens an der Sponsalindistinction werden verschiedene Auflösungsgründe der unvollzogenen Ehe genannt. Bernhard hat also die Bedeutung der copula von der Schule zu Bologna übernommen. Deshalb unterscheidet er auch genau wie Gratian zwei Arten von Verheiratheten, nämlich die in unvollzogener und die in vollzogener Ehe Lebenden (sponsi und cogniti).“³

Aber nicht nur die Consequenzen der Gratian'schen Distinction hat sich Bernhard hier zum Theil angeeignet; die Verschmelzung beider Distinctionen gelangt auch in der Terminologie zur Geltung:⁴ *nec illam vulgatam distinctionem credo silentio transeundam scil. quod matrimonium dicitur initiatum, consummatum et ratum.*⁵ Dass Bernhard beide Distinctionen neben einander aufnehmen konnte,⁶ bezeugt die Richtigkeit unserer obigen Untersuchung, dass die Eheschliessungslehre der ecclesia gallicana und transalpina dieselbe war, und dass der Unterschied bezüglich der Eheauflösung⁷ durch die Entscheidungen Alexanders III. in bereits näher gedachter Weise ausgeglichen war. Es zeigt

¹ Diese Distinction hat sich Bernhard auch an anderer Stelle dienstbar gemacht, vgl. tit. 10 (S. 302).

² Freisen bemerkt hierzu (Archiv. 54, 37): „Man sieht Bernhard und die zuerst genannten doctores dachten logisch. Sie vertraten den Satz, dass die Ehe durchaus unauflöslich sei, und daneben glauben sie irrthümlich, der consensus de praesenti allein schliesse die Ehe.“ Freisen hat den Grund dieser Ansicht übersehen, nämlich dass das Sacrament der Ehe und damit die Unauflöslichkeit schon mit dem Consense vorliege. Nach dem oben bei Lombardus Vorgetragenen kann dies keinem Zweifel unterliegen. Aus diesem Vordersatze folgt allerdings weiter nothwendig die Unlöslichkeit jeder, auch der unvollzogenen Ehe. Nicht findet sich dagegen der geringste Nachweis, dass die Ehe ex iure naturae unlöslich sei. Als später Bernhard sich wieder die Distinction und Sacramentslehre Gratians angeeignet hat, kennt er auch wieder Auflösungsgründe der unvollzogenen Ehe, und nimmt doch nach wie vor an, dass mit dem Consense eine „Ehe“ vorliege. Da trennt er also auf Grund der Sacramentslehre die Unauflöslichkeit vom Eheschlusse. ³ 3, 28 § 1 (S. 112). ⁴ 4, 1 § 21 (S. 137).

⁵ Den Begriff „matrimonium desponsatione initiatum“ verwendet Bernhard häufig, vgl. 4, 4 (S. 145). ⁶ Vgl. auch 4, 4 § 2 (S. 145).

⁷ Vgl. 3, 28 § 1 (S. 112). Also Aufrechterhaltung der Gratianschen Sacramentslehre.

sich aber auch weiter, dass die Consequenzen, die Gratian aus seiner Distinction gezogen hatte, nachdem Alexander III. einmal eine derselben ausdrücklich verworfen hatte, nicht mehr voll und ganz aufrecht zu erhalten waren, und dass ein Auflösungsgrund nach dem anderen von der Doctrin aufgegeben wurde. Bernhard kennt nur noch drei: *affinitas superveniens*, *impotentia* und *religio*. Auch von diesen blieb — wie unten zu schildern — nur noch der eine (*religio*) übrig, so dass man wohl mit Recht sagen kann, die Distinction des Lombardus hat, trotz der Reception der Gratian'schen Sacramentslehre, zwar nicht einen vollkommenen Sieg, aber doch immerhin den Sieg über die Distinction Gratian's davon getragen.

IV. Die Sponsalientheorie verdankt Bernhard keine weitere Fortbildung. Er hat zwar alle bekannten Sätze, auch denjenigen, dass die zum *iuramentum se eam ducturum esse* hinzugetretene *copula* die Ehe bewirke, übernommen, aber von einem wahren Erkennen jener Unterscheidung ist keine Rede. Wir gewinnen vielmehr den Eindruck, als ob er den *consensus de futuro* und *de praesenti* in ihren Beziehungen zur Ehe nicht vollkommen klar auseinander halte, woran die verwirrende Terminologie die Hauptschuld tragen mag. Er unterscheidet *sponsalia* und *matrimonium*, definirt *sponsalia* als *futurorum promissio nuptiarum* und subsumirt weiterhin darunter die *desponsatio de praesenti* (*accipio te etc.*).¹ Trotzdem kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch Bernhard in seiner *summa decret.* die *desponsatio de praesenti*, d. h. den auf gegenwärtige Eheschliessung gerichteten Consens für das eigentlich die Ehe begründende Moment gehalten hat.²

Auch der juristische Charakter der *copula* bei *sponsalia de futuro* ist ihm keineswegs klar geworden, wie sich ganz offenbar aus 4, 1 § 21 in Verbindung mit 4, 1 § 2 ergibt. Die Terminologie verdankt ihm ebenfalls keine Fortbildung. Hervorzuheben ist jedoch, dass Bernhard das Wort *sponsalia* vorwiegend auf das Verlöbniß im römischen Sinne, die *desponsatio de futuro*, anzuwenden scheint.³

¹ 4, 1 § 1 (S. 130).

² Vgl. 4, 1 § 5 (S. 131); 4, 1 § 14 (S. 135); 4, 1 § 22 (S. 137); 4, 2 § 3 (S. 140); 4, 4 § 1. 2. 3 (S. 145). Nichtsdestoweniger finden sich auch einige Stellen, aus denen dieser Satz nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, vgl. z. B. 3, 29 § 1 (S. 112), 4, 2 § 2 (S. 139).

³ *Summ. de matr. tit. 10* (S. 302); *summ. decretal.* 4, 1 in pr.

Sechstes Capitel.

Die Gesetzgebung von Alexander III. bis Gregor IX.

§ 24. Allgemeine Bemerkungen.

Wie wir im Vorstehenden ersehen haben, war die Gratian'sche Distinction trotz der Gesetzgebung Alexanders III. *vulgata opinio*. Auch die *Collectio Lipsiensis* enthält hierfür in der aus Faventinus entlehnten und Alexander I. zugeschriebenen *Decretale* einen Beleg.¹ Dass die *Decretale* nicht von Alexander I. stammt, unterliegt keinem Zweifel. Vielleicht rührt der Theil von „*hoc igitur veraciter*“ an, der von dem Vorhergehenden auch äusserlich durch „*et paullo post*“ unterschieden wird, von Lucius III. her, der durchaus Anhänger der alten Bologneser Lehre war, ja sogar die Consequenz, welche Alexander III. in *Licet praeter solitum* ausdrücklich beseitigt hatte (Auflösungsgrund der vollzogenen Ehe), in der *Decretale* „*Quaesitum*“ wieder anerkannt hat.² Dieser Auflösungsgrund blieb noch lange Zeit herrschend; Innocenz III. hat wiederholt die diesbezüglichen Entscheidungen Alexanders III. einschärfen müssen.³ In dieser *Decretale* „*Quaesitum*“ ist die Terminologie von Interesse. Die Phrase „*eam ducere in uxorem, jurare*“, welche bisher ganz allgemein von der *desponsatio de futuro* verstanden wurde, muss hier doch einen anderen Sinn haben, denn sonst entspräche die *Decretale* dem geltenden Rechte (Auflösung einer *desponsatio de futuro* durch nachfolgende Ehe), und die Entrüstungsworte Huguccios⁴ wären schwer zu begreifen. Wenn Lucius III. daher von *desponsare et eam ducere in uxorem dote soluta jurare* spricht, so bedeutet *desponsare* die *desponsatio de praesenti* und *jurare se ducere* ein hinzutretendes eidliches Versprechen die Ehe thatsächlich zu vollziehen, wenn die Mitgift gezahlt werde. Dass die *desponsatio* des Lucius III. gleichbedeutend mit *desponsatio de praesenti* sein kann, unterliegt keinem Zweifel. Er ist Anhänger der Gratian'schen Distinction und

¹ 59, 6. Friedberg, Ed. der V. Compil. Lips. 1882. S. 205. Vgl. Schulte, Die Rechtshandschriften der Stiftsbibliotheken von Göttweig u. s. w. Wiener Sitzungsberichte 57, 589.

² Coll. Lips. 59, 16.

³ c. 5 X 4, 4; Sichard von Cremona (Schulte, Zur Gesch. des Decrets. I. S. 48); Huguccio (Schulte in Zeitschr. 11, 28 Anm. 13); Gl. zu Compil. I. c. 3 4, 4 (Schulte, Literaturgesch. der compil. S. 35); die anonyme, von Thaner mit A bezeichnete Glosse zur Summa des Stephanus von Tournay zu c. 31 q. 3 (Thaner, Zwei anonyme Glossen des Stephanus von Tournay. Wiener Sitzungsber. 79, 214 ff. Abfassungszeit: nach 1190). Vgl. auch S. 135 Anm. 4.

⁴ *Papa enim Lucius fuit in hac opinione pessima etc.* Schulte in Zeitschr. 11, 28 Anm. 13; auch Maassen, *Paucapalea*. Wien 1859. S. 22 Anm. 42.

die Gratian'sche desponsatio war eben die desponsatio de praesenti des Lombardus. Nur durch solche Interpretation ist der Gegensatz der Entscheidung zum geltenden Rechte verständlich. Die am Schlusse der Decretale über den Ehemann verhängte Busse ist gerechtfertigt, da er seinem eidlichen Versprechen, die erste desponsatio de praesenti durch traductio bezw. copula zu vollenden, zuwider gehandelt hatte. Liefert diese Decretale somit einen weiteren Beleg für die schon bei Bernhard von Pavia beobachtete Unklarheit und Unbestimmtheit der Terminologie, so begegnen wir weiterhin in den Quellen bisweilen einem Distinguiren der Worte, welches geradezu in Spielerei ausartet und an die bekannte Kritik Luthers¹ erinnert, so z. B. die Unterscheidung der Casus decretalium Bernardi et Ricardi zwischen despondere et desponsare.²

Hierzu kommt noch die Verwirrung, welche die Theorie der bedingten desponsatio anrichtete. Urban III. hat scheinbar bestimmt,³ dass ein bedingter Consens kein consensus de praesenti, d. h. also desponsatio de futuro sei.⁴ Zur Interpretation dieser Decretale ist zuvörderst zuzugeben, dass ein bedingter Consens nicht auf gegenwärtige Herbeiführung der Ehe gerichtet ist; aber es ist doch immer ein — wenn auch bedingter — Eheschliessungswille vorhanden, kein pactum de contrahendo matrimonio. Der Unterschied ist bedeutsam. Tritt die Suspensivbedingung ein, so ist bei der bedingten desponsatio de praesenti sofort Ehe da, ohne dass es eines weiteren Actes bedürfte. Die bedingte desponsatio de futuro wird dagegen nur unbedingte desponsatio de futuro, nicht Ehe. Man würde sonst zu der absurden Consequenz gelangen, dass bedingte sponsio de praesenti und bedingte desponsatio de futuro denselben rechtlichen Inhalt hätten, während sie, wenn unbedingt, Gegensätze bildeten. Eine bedingte desponsatio de praesenti als unbedingte desponsatio de futuro aufzufassen, führt zu demselben Resultat. Die Entscheidung Urbans wäre also unrichtig; sie wäre aber auch an und für sich unverständlich. Der Vordersatz bezüglich Alexanders III. giebt keinen Sinn. Seine Entscheidung — es ist die in c. 3 X 4, 5 gemeint — besagte, dass Jemand, welcher ein bedingtes Eheversprechen unter eidlicher Bestärkung abgegeben habe, nicht wegen Eidbruches bestraft werden solle, wenn er die betreffende Person nicht eheliche, es sei denn consensus de praesenti oder copula hinzugetreten; dies war begründet, denn in letzterem Falle hatte der

¹ Vgl. unten S. 167 Anm. 4.

² Laspeyres, Ed. der Summa decret. Bern. Pap. S. 342.

³ c. 5 X 4, 5.

⁴ c. 3 X 4, 5.

spondens durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Consens auf die Bedingung verzichtet. Dieser Entscheidung Alexanders III., meint Urban, stände die seinige, dass der Ehevollzug aus einem bedingten Eheconsense nicht erzwungen werden könne, wenn die Bedingung nicht eintrete, nicht entgegen. Das ist unverständlich; und unzutreffend auch die dann folgende Begründung.

Will man daher der Entscheidung Urbans III. nicht Sinnlosigkeit vorwerfen, so muss nach einer entsprechenden Interpretation gesucht werden und mir scheint die von Phillips¹ gefundene eine glückliche zu sein. Die Stelle handelt darnach nicht von jeder Suspensivbedingung, sondern von dem ganz speciellen Falle, in welchem die Erfüllung der Bedingung in das liberum arbitrium eines Dritten gelegt ist. Ein so bedingter Consens soll nicht das verpflichtende Band der Ehe begründen, soll nicht als consensus de praesenti gelten.² Das von Phillips per argumentum a contrario³ gewonnene Resultat ist nicht nur an und für sich richtig, sondern wird auch durch die constante päpstliche Gesetzgebung⁴ bestätigt.

§. 25. Fortsetzung. Das System der Decretalen.

Von Vorstehendem abgesehen finden wir in den Decretalen folgendes System:

I. An der Spitze steht der Satz, dass der consensus de praesenti, d. h. der auf gegenwärtige Eheschliessung gerichtete, die Ehe schafft:

Matrimonium contrahitur consensu interveniente legitimo de praesenti.⁵

Die übereinstimmende Erklärung des Willens, gegenwärtig die Ehe zu schliessen, bewirkt ohne weiteres die Ehe.⁶

Nach Freisen⁷ hat auch Innocenz III. die Ansicht von der ehe-

¹ Zeitschr. 5, 377; vgl. auch die geistreiche Erklärung Scheurl's, Eheschl. S. 102. — Die Auslegung von Phillips scheint mir durch die von Thaner mit A bezeichnete Glosse zur Summa des Stephanus von Tournay (Wiener Sitzungsber. 79, 219 ao. 1191—1198) bestätigt zu werden: ... si verbis de praesenti (sc. wenn conditio inhonesta oder impossibilis beigelegt wird) frangi debet ut in extrav. de condit. apposit. Quicunque (Compil. I. c. 1 4, 5 = c. 1 X 4, 5), nisi conferatur in alterius arbitrium, ut cum dicitur: si pater meus voluerit, quo casu non videtur consensus de praesenti interveniente, ut in extrav. de condit. appos. Super eo. (= c. 5 X 4, 5, Urban III.).

² Vgl. auch Scheurl in Zeitschr. 14, 283 ff.

³ A. a. O. S. 378.

⁴ Innocenz III. c. 6 X 4, 5.

⁵ c. 4 X 2, 9 (Clemens III.); vgl. auch c. 13 X 2, 23.

⁶ Innocenz III. hat diesen Gedanken präcis zum Ausdruck gebracht in c. 25 X 4, 1; vgl. von demselben Papste u. a. noch c. 14 X 3, 32; c. 5 X 4, 4.

⁷ Archiv. 54, 35.

wirkenden Kraft der copula. Als Beweis dient c. 5 X 1, 21 de bigamis non ordinandis. Hier ist aber nicht von der Eheschliessung, sondern von den Erfordernissen des ehelichen Sacramentes mit Rücksicht auf den defectus sacramenti die Rede.¹ Der Ausspruch am Ende der bekannten c. 26 X 4, 1: *et defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale*, kann nur gezwungen in dem Sinne ausgelegt werden, dass neben dem Consense noch andere Momente zur Eheschliessung erforderlich seien, dass aber auch der Consens nicht fehlen dürfe. Ebenso ist die Auslegung von c. 5 X 4, 4 sehr gesucht. Die Worte „postquam . . . frustrantur“ können unbefangen nur in demselben Sinne verstanden werden, wie ihn die von Freisen auffallender Weise auch citirte Decretale Innocenz' III. (c. 14 X 4, 2) ausdrückt: . . . *et inter eam et primum virum legitimus intervenit de praesenti, absque dubio inter eos erat legitimum matrimonium contractum etsi carnalis commixtio non fuerit subsecuta*.²

Es zeigt sich so ein ununterbrochener Zusammenhang in den Ansichten der Päpste über den Kern des Eheschliessungsrechtes. Es ist immer derselbe Satz von der ehewirkenden Kraft des Consenses, welcher uns in verschiedene Formen eingekleidet entgegentritt.³ Was über die internationale Wirkung dieses Satzes und der neuen Terminologie bezüglich der Gesetzgebung Alexanders III. gesagt ist, gilt natürlich im erhöhten Maasse für die Decretalen der späteren Päpste.

In den Decretalen erscheint der consensus de praesenti meistens ohne jedes Bestärkungsmittel. Bisweilen wird jedoch als solches der Eid⁴ oder auch die Arrha⁵ genannt. Den Grund der Beifügung solcher Bestärkungsmittel haben wir bereits oben⁶ angedeutet. Das stärkste Band erhält die Ehe durch die copula. Darüber sogleich.

Dem consensus de praesenti steht gegenüber der auf die Zukunft gerichtete Consens, die desponsatio de futuro. Diese gilt nach wie vor als Verlöbniß im Sinne des römischen Rechts.⁷

II. Die copula hat folgende Bedeutung. Sie erscheint: 1) als Be-

¹ Sachsse, a. a. O. S. 38 ff. 47, 80.

² Das Wort „rite“, auf welches Freisen Gewicht legt, soll an dieser Stelle doch nur so viel wie „gültig“ bedeuten.

³ Vgl. auch für die spätere Zeit die klaren Sätze der Syn. Prag. 1355. c. 50. Schannat und Hartzheim, Concil. Germ. 4, 396.

⁴ Clemens III. Compil. 2 c. 5 4, 12: „matrimonium esset iuramento firmatum.

⁵ Innocenz III. c. 14 X 3, 32.

⁶ Vgl. S. 126.

⁷ c. 6 X 2, 19 (Clemens III.); c. 2 X 4, 1; c. 22 X 4, 1 (Innocenz III.). Naturgemäss sind bei der leichten Löslichkeit des Verlöbnisses Eid (vgl. c. 2. 5. 22. 30 X 4, 1, c. 6. X de probationibus 2, 19) und arrhae (c. 11 X 3, 32) als Bestärkungsmittel sehr geläufig.

stärkungs-, Festigungsmittel des ehelichen Bandes. Der Ausdruck „Bestärkung“ ist ein quellenmässiger, denn Clemens III. spricht ebenso von einem *matrimonium iuramento*, wie *copula confirmatum*.¹ Die Sacramentslehre Gratians war bekanntlich bisher stets aufrecht erhalten worden und wurde endlich durch Innocenz III. autoritativ anerkannt.² Damit war denn auch der Satz Gratians recipiert, dass erst mit der *copula* die volle Unauflöslichkeit der Ehe beginne. Wenngleich dies im Princip aufrecht erhalten wurde, so waren bekanntlich die Consequenzen, welche Gratian aus demselben gezogen hatte, seit der Gesetzgebung Alexanders III. sehr zusammengeschrunpft. Bernhard kannte nur noch drei Gründe. Innocenz III. beseitigt von diesen dreien noch die *affinitas superveniens*.³ So blieb denn, da die *impotentia* — weil als Hinderniss anzusehen — nicht als Auflösungsgrund aufrecht zu erhalten war, zunächst lediglich das *votum* als anerkannter, aus dieser rechtlichen Bedeutung der *copula* folgender Auflösungsgrund übrig.⁴

In ihrer Eigenschaft als Festigungsmittel des Ehebandes tritt uns die *copula* vielfach in den Decretalen entgegen.⁵

2) Neben dieser bestärkenden Qualität besitzt die *copula* die Eigenschaft den etwa mangelnden Eheconsens zu ersetzen. In der *copula* liegt unter gewissen Voraussetzungen der auf gegenwärtige Ehebegründung gerichtete Wille ausgesprochen. *Copula* und *consensus de praesenti* werden daher häufig gleichbedeutend nebeneinander gebraucht.⁶ Innocenz III. unterscheidet ganz bestimmt zwischen einem ausdrücklichen und einem stillschweigenden Eheconsens: man kann *facto* oder *verbo* consentire.⁷ Als *concludente* Handlung, welche auf den Eheconsens schliessen lässt, hat Innocenz III. zweifellos die *copula* im Auge.⁸ Mit ihr ist aber die Reihe der *concludenten* Handlungen

¹ Vgl. Compil. II c. 5 4, 12.

² Vgl. Sehling, Geschlechtsgem. S. 52 Anm. 3. — Vgl. auch Hostiensis, lib. 3 rubr. de conversione coniug. § qualiter possit converti. Aus Hostiensis ersieht man auch deutlich das Verhältniss der beiden Sacramente (*consensus animorum significat charitatem quae est inter Deum et iustam animam, commixtio corporum sacramentum in Christo et ecclesia*); nur das letztere Sacrament erscheint als das eigentliche, welches für die Ehe (und die Frage des defectus sacramenti) wesentliche Wirkungen nach sich zieht.

³ c. 6. 10 X 4, 13. Bestätigt durch Gregor IX. in c. 11 X 4, 13.

⁴ Uebrigens hatten noch Innocenz III. (Compil. III c. 2. 4, 1; c. 5. X 4, 4), und sogar noch Gregor IX. (c. 31 X 4, 1) Anfragen, ob unvollzogene Ehe durch vollzogene gelöst würden, zu entscheiden.

⁵ c. 20 X 3, 32. Vgl. auch c. 30 X 4, 1; c. 12 X 4, 17.

⁶ c. 5 X 4, 5 (Urban III.); c. 2 X 4, 5, c. 2 X 4, 7 (Alexander III.).

⁷ c. 4 X 4, 9. ⁸ Vgl. auch c. 2 X 4, 9.

keineswegs erschöpft. Man kann allgemein sagen, dass aus der Herbeiführung des Inhalts des Eheconsenses der Consens selbst entnommen wird. Den Inhalt des Consenses bildet aber die Herstellung der ehelichen Lebens- und Geschlechts-Gemeinschaft.¹ Es stehen daher auch in den Decretalen *traductio* und *copula* nebeneinander.²

Auch in dieser Hinsicht ist zwar nicht etwas principiell neues, aber doch eine Fortbildung zu erkennen. Offenbar konnte jener Satz nur die Bedeutung einer Vermuthung haben. Es musste doch zu gegeben werden, dass nicht gerade stets und ausnahmslos in der Herstellung der Geschlechts- bez. Lebensgemeinschaft der Consens gefunden werden müsse. Man hätte daher der *copula* nur die Wirkung einer *praesumptio iuris* beilegen sollen. Dies ist aber nicht geschehen. Gregor IX. hat die Vermuthung ausdrücklich mit der Qualität einer *praesumptio iuris et de iure* bekleidet.³ Diese *praesumptio* erstreckt sich natürlich nicht so weit, dass jede *copula* zwischen beliebigen Personen als Eheschliessungsmittel angesehen worden wäre; dies wäre gleichbedeutend mit der eheschliessenden Wirkung der *copula* überhaupt gewesen. In dieser Hinsicht hat Innocenz III. ausdrücklich hervorgehoben,⁴ dass durch die *traductio* allein ohne vorausgegangene *desponsatio de futuro* oder *de praesenti* kein verpflichtendes Band entstehen könne. Das gleiche gilt natürlich, da dieselben Voraussetzungen vorliegen, von der *copula*.

Aus diesem Satz ergeben sich aber wichtige Consequenzen:

a) Ist *desponsatio de futuro* geschlossen und es tritt *copula* hinzu, so liegt *desponsatio de praesenti*, somit Ehe vor. Innocenz III. hat daher *desponsatio de praesenti* und *per verba de futuro copula carnali subsecuta* unter dem Gesamtbegriffe *desponsatio* zusammengefasst.⁵ Trefflich ist eine Entscheidung Gregors IX.:⁶ Ein *sponsus de futuro*, welcher mit der *sponsa* trotz verschiedenen Bemühens die *copula carnalis* noch nicht vollzogen hat, und darauf mit einer anderen Person *sponsalia de praesenti* schliesst, hat die zweite und nicht die erste Person als Frau zu betrachten, denn mit der ersten bestand weder *verum matrimonium ex forma contractus* noch *praesumptum matrimonium, cum conatus non habuisset effectum*, d. h. die erste Verbindung ist keine wahre Ehe, weil der Contract auf die Zukunft ging, *sponsalia*

¹ Die Theorie hat diesen Gedanken ganz klar entwickelt. Vgl. unten S. 146.

² Vgl. c. 6 X 2, 19 (Clemens III.), c. 2 X 4, 1, c. 14 X 2, 13 (Innocenz III.).

³ Vgl. c. 30 X 4, 1. — Vgl. c. 32 eod. (Gregor IX.); vgl. übrigens schon Innocenz III. in c. 26 X 4, 1; c. 6 X 4, 5. ⁴ c. 14 X 2, 13.

⁵ c. 12 X 4, 17.

⁶ c. 32 X 4, 1.

de futuro keine Ehen sind; sie ist aber auch nicht praesumptum, weil die copula fehlte.

Nach dem Vorgetragenen ist es daher wohl etwas schief ausgedrückt, entspricht aber doch immerhin im Endresultate dem geltenden Rechte, wenn Clemens III. in einer von sponsalia de futuro handelnden Entscheidung davon redet, dass „copula matrimonium facere possit“.¹

b) Die copula wirkt als Verzicht auf eine beigefügte Suspensivbedingung; sie hat dieselbe Kraft wie ein nachfolgender bedingungsloser Consens und gilt ja auch rechtlich als Surrogat eines solchen.

Innocenz III. begründet dieses Resultat mit denselben Ausdrücken, wie die zu a) erwähnte Wirkung der copula.²

c) Aus demselben Grunde erscheint die copula auch als Verzicht auf die Geltendmachung des impedimentum vis,³ erroris⁴ u. s. w.

III. Endlich verdient noch ein Punct besondere Besprechung: die Terminologie. Hier ist folgende Neuerung zu verzeichnen. Seit Urban III. begegnen wir dem Ausdrucke sponsalia auch mit Bezug auf die desponsatio de praesenti.⁵ So werden denn endlich in die Gesetzesprache die Ausdrücke sponsalia de praesenti und de futuro eingeführt, die dann allgemein geworden sind. Durch diese Bezeichnungen wird der eigentliche Rechtsgedanke noch mehr verdunkelt. Höchst charakteristisch ist es aber, dass auch in den Decretalen noch vielfach der Ausdruck „sponsalia“ ausschliesslich für die desponsatio de futuro gebraucht und damit die obige Entwicklung bestätigt wird.⁶ So stellt Innocenz III.⁷ sponsalia und legitimus consensus als etwas Verschiedenes unmittelbar neben einander.⁸ Der legitimus consensus ist aber von jeher die desponsatio de praesenti gewesen, wie Aussprüche von Hugo v. St. Victor,⁹ Alexander III.,¹⁰ Innocenz III.¹¹ und für später noch Gregor IX.¹² beweisen.¹³ Der consensus legitimus wird — und dies ist auch hier wie bei Hugo der Grundgedanke, wenn er auch nicht wie bei diesem aus-

¹ c. 6 X 2, 19.

² c. 6 X 4, 5 i. f. Vgl. auch c. 5 X 4, 5 (Urban III.).

³ c. 4 X 4, 18. ⁴ c. 2. 4 X 4, 9.

⁵ c. 13 X 2, 23 (Clemens III.); c. 6 X 4, 5 (Innocenz III.).

⁶ Vgl. z. B. c. 5 X 4, 5 (Urban III.) in Verbindung mit c. 3 X 4, 5 (Alexander III.). ⁷ c. 14 X 2, 13.

⁸ Vgl. auch für die Diöcesangesetzgebung: Statut. synodal. Ioannis ep. Leod. a. 1287. c. 9 (Hartzheim, Concil. Germ. 3, 696).

⁹ De sacram. Christ. fidei II. 11. c. 5 (Migne 176, 487).

¹⁰ c. 2 X 3, 32.

¹¹ c. 12 X 4, 17; c. 25 X 4, 1.

¹² c. 31 X 4, 1.

¹³ Vgl. auch noch c. 22 X 4, 1 (Innocenz III.).

drücklich ausgesprochen ist — nur uneigentlich Verlöbniß genannt.¹ In der That begegnen wir dem Ausdrucke sponsalia de praesenti in den Decretalen nicht allzu häufig; er ist erst durch die Schule (Rubriken) geläufig geworden. In den Decretalen wird mit desponsatio per verba de praesenti, consensus de praesenti² operirt. Die Päpste waren sich des eigentlichen Rechtsgedankens stets bewusst.

Siebentes Capitel.

Die Verlöbnißunterscheidung bei den Kanonisten und Civilisten dieser Periode.

§ 26. Die kanonistische Doctrin.

Das System, welches wir im Vorstehenden kurz entwickelt haben, entspricht dem Stande des kanonischen Rechts, wie es in der Decretalensammlung Gregors IX. seinen Abschluss gefunden hat. Es erübrigt jetzt noch, die Behandlung der Verlöbnißunterscheidung in der Doctrin einer Betrachtung zu unterziehen.³

I. Auch hier steht an der Spitze der Satz des römischen Rechtes:⁴ Consensus facit nuptias. „Sequitur videre, qualiter contrahatur matrimonium, et dicendum est, quod solo consensu“, bemerkt Tancred an einer Stelle und an einer anderen:⁵ „Sequitur, quid faciat matrimonium? Respondes quod solus consensus etiam sine carnali copula ut C. 27 q. 2 sufficiat (c. 2), coniuges verius (c. 6), coniux (c. 4)“. Man sieht, auch die Doctrin geht, wenn sie den Consens im Gegensatze zur copula her-

¹ Dies hat die Doctrin ausdrücklich betont. Vgl. unten S. 151.

² Vgl. statt aller anderen c. 31 X 4, 1 (Gregor IX.).

³ Ebenso wie das Decretalenrecht werde ich die Doctrin zusammengefasst behandeln, obwohl nicht alle zu besprechenden Schriften der Zeit nach Gregor IX. angehören. Die vollständige Uebereinstimmung in den Grundzügen wird dieses Verfahren ebenso entschuldigen, wie die Darstellung des Decretalenrechts im Zusammenhange. — Daraus, dass ich bei der Auswahl der Quellen auch zeitlich fernerliegende berücksichtigt habe, dürfte ein Vorwurf wohl nicht zu erheben sein.

⁴ Man kann es keinesfalls als unbeachtlich hinstellen, dass bei der Darstellung des Ehrechtes regelmässig mit der Definition des römischen Rechtes begonnen wird. Vgl. Robert. Flam., Summa de matr. et de usuris. Ex Roberti poenitentiali ed. Schulte. Gissae 1868. c. 2. S. XI; Hostiensis, a. a. O. libr. 4 de matr. § quid sit matr. (ed. cit. S. 287); Durantis, Spec. iur. 4. rubr. de sponsal. et matr. i. pr.; Io. Andreae, Summa de sponsal. et matr. p. II. c. 1.

⁵ Summa de matr. tit. 8 (ed. Wunderlich. Götting. 1841. S. 12).

vorheben will, auf die alten Beweisstellen von Isidor u. s. w. zurück. Die Glosse zu c. 5 X 4, 4 drückt denselben Gedanken so aus: *Item carnalis copula non facit matrimonium sed consensus*. Aehnliche Wendungen finden wir so häufig,¹ dass ein Zweifel an der Geltung des römischen Eheschliessungsrechts nicht aufkommen kann.²

Die regelmässige Ausdrucksform dieses Consensus sind *verba de praesenti*,³ z. B. *accipio te in meum*;⁴ aber auch andere Worte, selbst Zeichen können ausreichen.⁵ Seinem Inhalte nach bezeichnet man den Consens als gerichtet auf die Herstellung der ehelichen Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft.⁶

Formalitäten werden zur Gültigkeit nicht verlangt;⁷ der blosse Consens schafft die Ehe.⁸ Clandestine Ehen werden daher als gültige bezeichnet, wenn auch stets hervorgehoben wird, dass sie wegen der

¹ Vgl. Glosse zu c. 1 C. 27 q. 2 verb. *sed voluntas*, c. 2 eod. verb. *sufficiat*; c. 5 eod. verb. *cum initiatur*; zu dictum vor c. 1 C. 30 q. 2 verb. *sponsal.*, verb. *ubi non est*; Huguccio, in *Summa ad c. sicut* (8) D. XL (Schulte, Literaturgesch. der Compilationes. S. 42 Anm.); Tancred, *Summa*. tit. 16 (ed. cit. S. 18); tit. 25 (S. 46); tit. 31 (S. 68); Robert. Flam., c. 14 pr. (S. XXII), c. 18 (S. XXVI); Glosse zu c. 4 X 2, 9 verb. *consensus*; zu c. 25 X 4, 1 verb. *verba*, zu c. 5 X 4, 4 verb. *cognovisset* und *et si solus*; Hostiensis, lib. 4 rubr. de *sponsal. et matr.* § *qualiter contrah.* (S. 285), rubr. de *matr.* § *qualiter contrah.* (S. 288), rubr. de *sponsa duorum* § *quae quibus praeiudic.* (S. 299); Thomas von Aquino, *Comm. in Sent. Lomb.* (ed. Parm. 1858. tom. 7. vol. 2) dist. 27 q. 1 art. 2 *quae-stiunc.* 2. 3. 4 (S. 928. 929); Io. Andreae, *Summa de spons. et matr.* p. II. c. 2.

² Wenn Bonaguida (*Summa introd. super advoc. in foro eccles.*, Wunderlich, *Anecdota*, quae processum civilem spectant. Gotting. 1841. II, 7. S. 188 ff.) in seinen Formularen gewöhnlich die Wendung gebraucht: *matrimonium contrahit per verba de praesenti et carnis copulam subsecutam*, so will er damit nur die das Eheband bestärkende Eigenschaft der *copula* hervorheben. Dass auch bei ihm der *consensus* der alleinige Eheschliessungsfactor ist, geht aus den folgenden ausdrücklichen Worten (Nam *matr. per verba de pr. contrahitur vel per alia aequipollentia* u. s. w., a. a. O. S. 189), als auch aus den Puncten hervor, worüber nach Bonaguida die Zeugen bezüglich der Eheschliessung zu befragen sind (a. a. O. p. III, 8. S. 298).

³ Vgl. Gl. zu c. 5 C. 27 q. 2 verb. *Pactio*.

⁴ Tancred, *Summa* tit. 8 (S. 12); Durantis, *Spec. iur.* 4 rubr. de *sponsal. et matr.* i. pr.

⁵ Tancred, *Summa* tit. 8; Gl. zu c. 23 X 4, 1 *Casus*; Hostiensis, lib. 4 rubr. de *matr.* § *qualiter contrah.* (S. 288) und eod. i. f. (S. 289 b).

⁶ Genau wie Gratian (dict.) c. 3 § 1 C. 27 q. 2; Hostiensis, lib. 4 rubr. de *matr.* § *qualiter contrah.* (ed. cit. S. 289 b); vgl. auch Tancred, *Summa* tit. 12 (S. 14); Robert. Flam. c. II. S. 11.

⁷ Vgl. Gl. zu c. 1 X 4, 1 verbo: *Francor. lege*.

⁸ Io. Andreae, *Summ. de sponsal. et matr.* p. II. c. 2.

Gefahren der Unbeweisbarkeit¹ zu vermeiden seien.² Die Glosse³ bemerkt mit Recht: „... clandestina matrimonia non negantur esse matrimonia nec iubentur dissolvi, si probari possunt: sed ideo fieri prohibentur, quia mutata voluntate unius eorum matrimonium probari non poterit, cum iudex incertam sententiam ferre non poterit“. Und dass das Ableugnen des Ehevertrages ein keineswegs seltenes Vorkommniss bildete, beweisen die zahlreichen hierauf bezüglichen Klagformulare des Bonaguida⁴ und die Zeugnisse Anderer.⁵ Mit Recht wird daher die

¹ Genau wie Gratian in dict. nach c. 9 C. 30 q. 5. Die Gl. zu dictum vor c. 1 C. 30 q. 5 verb. quod autem; eod. Casus; eod. c. 3 verb. non interven.; eod. zu dict. vor c. 9, Casus, zu dict. vor c. 10. Die Glosse zu c. 8 C. 30 q. 5 verb. uxor steht diesem Resultate nicht entgegen, wenn man auf den Zusammenhang sieht. Vgl. ferner Robert. Flam., c. XIX. ed. cit. S. XXVI; Hostiensis, lib. 2 rubr. de praesumpt. § quot eius species (ed. cit. S. 154).

² Tancred, Summa tit. 9 (ed. cit. S. 13).

³ Gl. zu dict. vor c. 10 C. 30 q. 5 Casus. — Gegen die clandestinen Ehen ist auch der sonderbare Vorschlag des Hostiensis (lib. 4 rubr. de matr. § qualiter contrah.: Sin autem alter neget, alter confiteatur, bene faceret Papa, si ius constitueret, quod matrimonium teneret in poenam illius, qui clandestine contraxit) gerichtet.

⁴ Summa introduct. super advoc. Diese Klagformulare sind zum Theil sehr interessant, wie z. B. das im Beginn des 7. Titels mitgetheilte, in welchem zum Schlusse um Erlass einer Art einstweiligen Verfügung gebeten wird, a. a. O. p. II tit. 7 S. 188: Libellus. Conqueritur Gemma mulier de Bertoldo petens, eum sibi adjudicari in maritum, et eum compelli, quod eam recipiat et coniugali tractet affectu, cum sit maritus ipsius per consensum legitimum de praesenti et carnis copulam subsecutam. Et petit, ante omnia sibi prohiberi, quod nullam faciat innovationem in praedictum causae, vel iurisdictionis nostrae, causa vel lite pendentibus coram vobis. — Diese Klage kann sich auch mit dem Antrage verbinden, die bereits anderweit von dem Beklagten geschlossene Ehe aufzulösen, woran sich das weitere interessante Gesuch anreihet „et eis, T. et B. (Namen der zu trennenden Eheleute) perpetuum silentium imponi“ (a. a. O. II, 7 S. 192). Bemerkenswerth ist auch das Formular, in welchem die Frau nach bereits vollzogener Ehe die Wiederherstellung des ehelichen Verhältnisses mit der Spolienklage verlangt. Es wird das abweichende Wesen dieser Klage von den übrigen Possessorien darin gefunden, dass bei ihr auch das Eigenthum bewiesen werden müsse (a. a. O. II, 7 S. 193). Die Schäden des formlosen Eheschliessungsrechtes offenbarten sich aber auch in gerade entgegengesetzter Weise darin, dass jetzt leicht Eheschliessungen unrechtmässiger Weise behauptet werden konnten. Bonaguida führt bereits hiergegen eine Art Feststellungsklage an: Si mulier aliqua te molestat, dicendo, te suum esse maritum, sic formabitur libellus. Libellus. Petit Titius, Mariam compelli desistere et cessare ab iniuria et molestia, quam sibi facit dicendo falso, ipsum suum esse maritum. Unde petit, eam prohiberi a praedictis et sibi perpetuum silentium imponi: vel, quod probet, si quid iuris habet in eo (a. a. O. II, 7 S. 193).

⁵ Vgl. auch Gratia, Ordo iudic. p. 2 tit. 5 (ed. Bergmann, S. 369 ff.);

so häufig behandelte Frage: „an clandestina desponsatio praeiudicet manifestae?“ im bejahenden Sinne entschieden, wenn die erstere bewiesen werden kann; und die Glosse bemerkt zur Begründung treffend „non enim deficit ius sed probatio“.¹ Vielfach wird in Folge dessen von den Beweismitteln für den ehelichen Consens gehandelt.²

Mit diesem Rechtszustande mag es aber weiter zusammenhängen, dass wiederholt Bestärkungsmittel zum Ehevertrage hinzutreten. Unter anderen werden Eid, arrhae und Conventionalstrafe erwähnt.³

II. Sponsalia de futuro sind die promissio futurarum nuptiarum,⁴ also Verlöbniß im Sinne des römischen Rechts.⁵ Im Anschluss an c. 16 X 4, 1 wird als ihr Inhalt das Versprechen künftiger sponsalia de praesenti bezeichnet.⁶ Bestärkungsmittel werden bei diesen eigentlichen

auch Roffredus. Benev., Opus libellor. super iure pontificio. p. 3 de sponsal. et matr. rubr. libellus pro uxore quando maritus eam dimittit etc. libellus: Coram vobis. Für spätere Zeiten vgl. auch die Mittheilungen von Frensdorff aus einem Angsbürger Urtheilsbuche in Zeitschr. 10, 1 ff.

¹ Gl. zu dict. vor c. 1 C. 30 q. 5. Vgl. auch Gl. zu c. 1 eod. verb. quod autem; Gl. zu c. 4 C. 31 q. 3 verb. per benedict. verbunden mit Gl. eod. verb. secund. legem. Hostiensis (der nebenbei bemerkt sechs Arten der Clandestinität auführt), lib. 4 rubr. de clandest. desp. § quot modis § utrum clandest. S. 297 a. b).

² Tancred, Ordo iudic. p. 3 tit. 13 § 6 (ed. Bergmann, S. 255); vgl. auch Gratia, a. a. O. p. 2 tit. 5 (S. 369), tit. 6 § 2 (S. 371 ff.), tit. 8 (S. 375). Insbesondere galt die immissio annuli als Beweismittel für den Eheschliessungswillen; sie begründete eine praesumptio iuris für denselben, vgl. Gl. zu c. 14 X 4, 2 verb. subarrh., die weitgehenden Ausführungen Hostiensis, lib. 4 rubr. de matr. § qualiter contrah. (S. 288 b), vgl. auch Gratia, a. a. O. p. 2 tit. 8 (S. 378); Bonaguida, a. a. O. II, 7 (S. 189).

³ Vgl. Tancred, Summa. tit. 3 (S. 4); Gl. zu c. 29 X 4, 1 verb. Gemma, verb. stipulatio; Gl. zu c. 10 X 2, 27 verb. subarrh.; zu c. 1 X 4, 1 Casus; Hostiensis, lib. 4 rubr. de matr. § et qualiter dissolv. (S. 192). — Ueber die Conventionalstrafen bemerkt Azo, Ad singulas leges XII libr. cod. Iust. comm. (Paris. 1577) zu l. 1 C. 5, 1 ed. cit. S. 368: Super his autem quae dicta sunt de arrha et poena, semel de facto dedit dominus meus (Ioannes Bassianus. Vgl. Savigny. 2. Aufl. 4, 291. 5, 4) consilium cum vir quidam magnus vellet filiam suam sponsalia contrahere, cum enim petiisset ab eo qualiter facere, quod sponsalia non possent dissolvi, quod faceret tantas arrhas promittere, ut alius timore poenae nollet vel non posset conditioni renuntiare et ita caute posset sibi cavere quis ne dissolvantur sponsalia. Anderer Ansicht über die Conventionalstrafe ist u. A. Roffredus Beneventanus, opus libellor. super iure pontificio p. III. rubr. de sponsal. et matr.

⁴ Vgl. Gl. zu c. 9 C. 30 q. 5 Casus und verb. habiturum; Tancred, Summa tit. 2 mit 3 (S. 3); Hostiensis, a. a. O. lib. 4 rubr. de sponsal. et matr. § quid sint sponsal. (S. 284); Durantis, Spec. iur. 4 rubr. de sponsal. et matr. i. pr.; Io. Andreae, Summa de sponsal. et matr. p. I. c. 1.

⁵ Deshalb fügt Hostiensis in der vorige Note citirten Stelle hinzu „ut D. eodem l. 1.“

⁶ Gl. c. 16 X 4, 1 Casus.

Verlöbnissen natürlich noch häufiger erwähnt, als bei den sponsalia de praesenti.¹

III. Die copula nimmt in der Doctrin dieselbe Stellung ein, wie in der päpstlichen Gesetzgebung.

1) Durch die copula carnalis allein entsteht die unitas carnis und damit das die Beziehungen Christi zur Kirche darstellende eheliche Sacrament. Die Glosse zum Decret unterscheidet allerdings zwei Sacramente, sie findet in der unvollzogenen Ehe das Sacrament Gottes und der Seele, in der vollzogenen dasjenige der Verbindung Christi und der Kirche, aber sie kennt weder die Lehre Hugo's vom maius und minus sacramentum, noch auch die eigenartige Sacramentslehre des Lombardus.² Sie hat also dieselbe Ansicht vom Sacramente Christi und der Kirche wie Gratian³ und die Päpste.⁴ Thomas von Aquino findet in der Ehe vor der copula die Beziehungen Christi zur Seele, in der copula die Beziehungen Christi zur Kirche ausgesprochen; aber nur die letzteren bedingen die volle Unauflöslichkeit der Ehe.⁵ Dies ist also auch die herrschende Meinung,⁶ welche Hostiensis trefflich zum Aus-

¹ Tancred, Summa tit. 3 (S. 3), tit. 5 (S. 6. 7), tit. 19 (S. 25); Gl. zu c. 13 X 4, 1 Casus; Hostiensis, lib. 4 rubr. de matr. § et qualiter dissolv. (S. 292 a). Es ist hier besonders beachtenswerth, dass nach Tancred aus eidlich bestärktem Verlöbniß ein Zwang zur Eheschließung ausgeübt werden solle (tit. 5 S. 7). Gleicher Ansicht war zweifelsohne Huguccio (vgl. Gl. zu c. 1 C. 30 q. 2 verb. ubi non und zu c. 14 C. 32 q. 5 verb. mulier). Ebenso Gl. zu c. 2 X 4, 1 verb. induc., zu c. 10 X 4, 1 Casus, und verb. quam filii (Ausnahme: bei Uebereinstimmung beider Verlobten; denn der Eid enthalte die stillschweigende Bedingung, „wenn beide Theile bei demselben Willen beharren“. Gl. zu c. 2 X 4, 1 verb. in pat. Nach Hostiensis, lib. 4 rubr. de sponsal. et matrim. § quid sit effectus (S. 285 b) soll sogar Zwang aus unbestärktem Verlöbniß geübt werden. Durch nachfolgende Ehe wird übrigens selbst das eidlich bestärkte eigentliche Verlöbniß ipso iure gelöst. Vgl. unten, auch Gl. zu c. 31 X 4, 1 verb. si inter virum. — Vgl. auch Thomas von Aquino, Comm. in Sent. Lomb. dist. 28 q. 1 art. 1. (S. 938).

² Gl. zu c. 17 C. 27 q. 2 verb. sacram., zu c. 27 eod. verb. matrim.

³ Interessant ist in dieser Beziehung übrigens der Umstand, dass die beiden canones Gratians (c. 16. 17 C. 27 q. 2) als von Impotenz handelnd interpretirt werden. So Cardinalis (Maassen, Beiträge zur jur. Litteratur des Mittelalters. Wien 1857. S. 15); Glosse zu c. 16 C. 27 q. 2 Casus und verb. ad matr.

⁴ Insbesondere Innocenz III. c. 5 X 1, 21; vgl. oben.

⁵ Comm. in Sent. Lomb. dist. 27 q. 1 art. 3 quaestiunc. c. 3 (S. 930).

⁶ Vgl. Tancred, tit. 27 (S. 50), tit. 14 (S. 16), tit. 18 (S. 21). Hostiensis, lib. 1 de rubr. de bigamis non ordin. § quare bigamus, lib. 3 rubr. de convert. coniug. § qualiter possit, lib. 4 rubr. de matr. § et quare, § quis sit. — Natürlich finden sich auch einzelne Anhänger der Lombardus-Theorie. Vgl. darüber sofort. — Welche sonderbare Ansichten über das eheliche Sacrament aufgestellt wurden, zeigt eine anonyme Glosse zur Summa des Stephanus von Tournay (Thaner, Wiener Sitzungsber. 79, 231).

drucke bringt, wenn er sagt: *Nuptiae ergo praeter commixtionem sexuum non habent in se Christi et ecclesiae sacramentum.*¹

Erst wenn dieses Sacrament vorliegt, ist die Ehe unlöslich. Auch die Doctrin kennt nicht den Satz von der Unauflöslichkeit der Ehe kraft natürlichen Rechts; denn sonst könnte sie nicht einerseits bereits die unvollzogene Ehe — zweifellos — als Ehe und doch noch als lösbar behandeln. Nach der Glosse² zu den Decretalen Gregors IX. und Hostiensis³ bezieht sich daher das bekannte Ehetrennungsverbot des neuen Testaments ausschliesslich auf die consummirte, sacramentale Ehe. Wenig Anklang fanden mit ihrer Ansicht Alanus und Vincentius, welche die Wirkungen der unvollzogenen Ehe nach kirchlichem (darum noch veränderlichem), die der vollzogenen Ehe dagegen nach göttlichem Rechte beurtheilen wollen.⁴ Die herrschende Meinung⁵ geht vielmehr auf die Sacramentslehre zurück. Darum wird denn auch die volle Unauflöslichkeit der unvollzogenen Ehe nur dort behauptet, wo die Sacramentslehre des Lombardus — und dies geschieht seit der Reception der Gratian'schen Ansicht durch die Päpste natürlich nur noch ganz vereinzelt — vorgetragen wird, z. B. von Huguccio und Bassianus,⁶ wahrscheinlich auch von Cardinalis⁷ und vielleicht Robertus Flamburiensis.⁸ Allerdings kennt die Doctrin — wie die Decretalen — nur einen recipirten Auflösungsgrund der unvollzogenen Ehe: die religio,⁹

¹ lib. 4 rubr. de matr. § quid sit.

² Gl. zu c. 3 X 3, 32 Casus.

³ lib. 3 rubr. de conv. coniug. § qui dicatur. Vgl. auch unten S. 180.

⁴ Vgl. darüber Hostiensis, lib. 3 rubr. de conv. coniug. § et utrum.

⁵ Vgl. auch noch Gl. zu c. 27 C. 27 q. 2 verb. monasterium; zu c. 35 eod. verb. quapropter; Hostiensis, lib. 4 rubr. de divort. § quot modis; lib. 3 rubr. de convers. coniug. § qualiter converti.

⁶ Vgl. Gl. zu c. 27 C. 27 q. 2 verb. monasterium. Huguccio hat ja auch, wie wir S. 167 sehen werden, die Distinction des Lombardus anderweitig verwandt. Darüber, dass sich die beiden Kanonisten mit den ausdrücklichen Entscheidungen Alexanders III. im Widerspruch befanden, braucht man sich nicht zu wundern, wenn man sieht, wie dieselben mit Decretalen umspringen. Vgl. ihre Bemerkungen zu c. 1 X 4, 7 und bezw. c. 3 X 4, 11 bei Schulte, Literaturgesch. der Compil. antiquae. S. 43. 44.

⁷ Dass Cardinalis Anhänger der Sacramentslehre des Lombardus war, haben wir oben S. 117 gesehen. Offenbar hat er auch die Consequenzen derselben adoptirt.

⁸ Vgl. unten S. 181 Anm. 1.

⁹ Vgl. Gl. zu c. 1 C. 33 q. 1 verb. quod autem; Tancred, Summa tit. 15 (S. 17) gegen die affinitas superveniens. Bezüglich der nachfolgenden vollzogenen Ehe vgl. Gl. zu c. 46 C. 27 q. 2 verb. despons., zu c. 50 C. 27 q. 2 Casus, zu c. 27 C. 32 q. 8 Casus. Vgl. auch Gl. zu c. 31 X 4, 1 verb. si inter virum, zu c. 3 X 4, 4 verb. iudicatum. Die Glosse zu c. 1 X 4, 4 verb. priori glaubt noch ausdrücklich bemerken zu müssen „non obstante aliqua consuetudine

wenn man von den vereinzelt Stimmen, die sich bereits in dieser Periode für das Dispensationsrecht des Papstes erheben,¹ absieht. Jetzt begegnen wir aber in der Literatur der eigenthümlichen Erscheinung, dass eine Reihe der früheren Eheauflösungsgründe nunmehr als Auflösungsgründe der sponsalia de futuro hingestellt werden. Schon die Glosse zum Decret hat sie in den Memorialvers gebracht:

„Lepra superveniens, furor, ordo, sanguis et absens,
Laesaque virginitas, membri damnum, minor aetas,
Haeresis ac lapsus, fideique remissio: prorsus,
Sponsos dissociant et vota futura retractant“.²

Nicht erwähnt wird hier — wie sonst allgemein³ geschieht — der wichtigste Auflösungsgrund, die nachfolgende Ehe. Die Doctrin geht sogar soweit, dass sie bei allen diesen Gründen noch Erklärung des zuständigen Richters verlangt und nur bei zweien: dem ordo und der nachfolgenden Ehe eine Auflösung ipso iure annimmt.⁴

Man sieht, es sind Reminiscenzen an die alte Bologneser Lehre.⁵

in contrarium“. Darüber, ob die sacri ordines der religio gleich zu erachten seien, vgl. Hostiensis, lib. 3 rubr. de convers. coniug. § et utrum possit.

¹ Vgl. S. 154. 180.

² Gl. zu dict. vor c. 46 C. 27 q. 2 verb. sed concedatur. Ebenso Gl. zu c. 4 X 4, 1 verb. si per eas steterit. — Vgl. ferner Gl. zu c. 8 X 4, 13 verb. litteris und zu c. 2 X 4, 14 Casus (für affinitas superveniens); Gl. zu c. 14 X 3, 32 verb. propositum castitatis (für nachfolgenden Aussatz). Vgl. Robert. Flam., c. XIII § 2 (S. XXII).

³ Tancred, Summa tit. 6 (S. 9); Gl. zu c. 22 X 4, 1 Casus, zu c. 2 X 4, 16 Casus, zu c. 10 X 4, 17 verb. referente; Hostiensis, lib. 4 rubr. de sponsal. et matr. § et qualiter (S. 286). Hostiensis erwähnt hier zehn Auflösungsgründe: Crimen, dissensus, fuga, tempus (Ablauf eines beigefügten dies) et ordo, secunda (Ehe), morbus et affinis, vox publica (Anzeige von Hindernissen) cumque reclamant (bei impuberes). Ueber Tancred sofort. Thomas von Aquino, Summa in Sent. Lomb. dist. 27 q. 2 art. 2, art. 3 (S. 932. 933); Io. Andreae, Summa de sponsal. et matr. p. I. c. 5.

⁴ Vgl. Tancred, Summa tit. 6 (S. 10). Ebenso Gl. zu c. 7 X 4, 2 verb. iudicio eccles. Hostiensis, a. a. O. bemerkt von ordo und secunda: „... ipso iure ... in nullo autem alio casu sine auctoritate episcopi solvi possunt“ und weiter unten: „... probetur coram iudice competenti, alias propria auctoritate non debet sponsum relinquere ... excipe duos casus, in quibus solvantur ipso iure.“ Dies beweist auch, dass Freisen Unrecht hat, wenn er bereits für diese Zeit von Auflösung durch päpstliche Dispensation spricht. Vgl. auch Robert. Flam. c. XIII § 3 (S. XXII); Io. Andreae, Summa de sponsal. et matr. p. I. c. 5.

⁵ Dies geht insbesondere aus dem Systeme Tancreds hervor. An der Spitze der Verlöbniß-Auflösungsgründe stehen nachfolgende vollzogene Sponsalien (mit Recht, weil schon Ehe!). Weiter werden erwähnt: 2) religio, 3) absentia, 4) lepra, 5) affinitas superveniens, 6) beiderseitiger Wille (c. 2 X 4, 1. Hier seien aber Manche anderer Ansicht und hielten die Entscheidung nicht für eine Decre-

Dass Verlöbnisse nicht leichtsinnig und wegen jedes beliebigen Grundes gelöst werden sollten,¹ war von jeher in der Kirche gewünscht worden. So konnte man denn die Bologneser Auflösungslehre, die doch so hoch entwickelt und weit verbreitet war, immerhin im Systeme noch unterbringen, zumal die Aehnlichkeit der Terminologie dies Unternehmen erleichterte. Besonders practisch war diese Lehre für die Verlöbnisse nicht,² da ja die nachfolgende Ehe einen ipso iure wirkenden Auflösungsgrund der sponsalia de futuro bildete. Jetzt wiederholt sich in der Literatur dasselbe Spiel, welches Gratian und Lombardus bei ihrer Distinguirung mit den Belegstellen getrieben hatten.³ Wenn früher Gratian bestimmte Aussprüche von der unvollzogenen Ehe — also sponsalia de praesenti — verstanden hatte, so legt jetzt die Literatur dieselben Stellen im Sinne von sponsalia de futuro aus und nur bezüglich eines einzigen Auflösungsgrundes bemerkt sie, dass er auch⁴ bei sponsalia de praesenti Platz greife.

Aus der unitas carnis ergeben sich noch folgende Wirkungen der copula:

a) Allein durch die vollzogene Ehe entsteht die bigamia interpretativa, der defectus sacramenti.⁵

tale; ebenso Io. Andreae, a. a. O. p. I c. 5), 7) fornicatio (ein sehr ausgedehnter Begriff), 8) minor aetas.

¹ Vgl. übrigens Glosse zu den Exceptiones decret. Grat. (Fitting, a. a. O. S. 67 Anm.): huiusmodi sponsalia (sc. de futuro) non debent dissolvi, sed si soluta fuerint, non sunt rei, quia nondum constabat matrimonium, tamen triennii poenitentia debet eis imponi. (Hier ist an beschworene sponsalia de futuro gedacht; vgl. die folgende Anm.).

² Diesem Gedanken giebt Roffredus einen drastischen, aber zutreffenden Ausdruck. Opus libellorum super iure pontificio ... p. 3. de sponsal. et matr.: Oppositio. Sed opponitur ... quod ista coactio non valet denario; nam pone, quod des libellum contra me, lis sit contestata, vado et contraho matrimonium cum alia, vel ego sponsa cum alio per verba de praesenti contraho, quod possum: et sponsalia contracta dissolvuntur et mihi transgressori imponit poenitentiam de periurio (ironisch gemeint!) ... Consulo tamen omnibus, qui sponsalia contraxerunt, quod si aliqua pars non vult complere sponsalia quod numquam illam compelli petat, nec libellum contra illam concipiat; quia posset se ita cito expedire, ut dixi, contrahendo cum altero matrimonium per verba de praesenti et ita inanibus sumptibus se vexaret. ...“ Aus desselben Autors Quaestiones sabbatinae q. XXXVIII erfahren wir, dass in Benevent auf Eingehung einer Ehe mit der sponsa eines Anderen eine Geldstrafe von 10 Pfund stand.

³ So beruft sich z. B. Tancred (Summa. tit. 6 S. 10) zum Beweise der Auflösung der sponsalia de futuro durch nachfolgende vollzogene Sponsalien auf die Entscheidungen in c. 4 X 4, 4; Compil. I. c. 3. 4, 1 und versteht dieselben von sponsalia de futuro.

⁴ So übereinstimmend Gl. zu dictum vor c. 46 C. 27 q. 2 verb. sed concedatur, und Tancred, Summa. tit. 6 (S. 9).

⁵ Vgl. auch Gl. zu c. 16 D. 35 verb. vidua est; c. 19 eod. verb. vidua. —
Sehling, Verlöbnisse.

b) Die *affinitas legitima* wie auch *illegitima* nimmt ihren Ursprung aus der *copula*.¹

c) Der Eintritt in das Kloster kann nach Vollzug der Ehe nicht mehr ohne Willen des anderen Theiles erfolgen.²

d) Der Begriff „*una caro*“ ist auch bei der *compaternitas* von Bedeutung, da diese sich unter bestimmten Voraussetzungen auf den anderen Ehegatten durch die *unitas carnis* ausdehnt.³

2) Eine weitere Wirkung der *copula* von grosser Tragweite ist folgende: Die *copula* gilt unter gewissen Umständen als Surrogat der Consenserklärung, in ihr wird der auf die gegenwärtige Eheschliessung gerichtete Wille gefunden. Diesen Gedanken finden wir in der Literatur wiederholt und ausdrücklich bestätigt.

Tancred und die Glosse zu den Decretalen Gregors erklären an mehreren Orten, dass man „*per carnalem copulam*“ ebenso wie „*verbo*“ seinen Consens auszudrücken im Stande sei;⁴ ja die Glosse nennt die *copula* einmal einen *tacitus consensus*.⁵ *Consensus de praesenti* und *copula* werden daher wiederholt gleichbedeutend neben einander gebraucht.⁶ Der hier zur Darstellung gelangende Gedanke ist ein über-

Vgl. über diese Begriffe Sachsse, *Der defectus sacramenti*. Berlin und Leipzig 1881. S. 79 ff.

¹ Tancred, *Summa*. tit. 29 (S. 54): *Affinitas est proximitas personarum, ex coitu proveniens, omni carens parentela. Ex coitu, ideo dixi, quoniam tam per fornicarium coitum, quam per legitimum contrahitur, et insurgit affinitas*; Robert. Flam. XI. § 2. 3 (S. XVIII); Hostiensis, lib. 4 rubr. de *affinitate* § *qualiter* (S. 313).

² Vgl. Gl. zu dict. vor c. 1 C. 33 q. 5 *verbis, quod autem und quod autem sine consensu*; zu c. 6 eod. *Casus*; zu dict. vor c. 9 eod. *Casus*; Tancred, *Summa*. tit. 18 (S. 21); Gl. zu c. 2 X 3, 32; Hostiensis, lib. 3 rubr. de *convers.* § *et qualiter revocari* (S. 257 b).

³ Vgl. Gl. zu c. 1 C. 30 q. 4 *Casus*; zu c. 3 eod. *verbis, compadres und caro* (*Ergo per sponsam de praesenti non acquiritur compaternitas, cum canon hoc ponat pro ratione: quia sunt una caro effecti*); Tancred, *Summa*. tit. 21 (S. 35); Robert. Flam. XII. § 6 (S. XX); Gl. zu c. 4 X 4, 11 *verb. cum quo*. — Ein näheres Eingehen auf obige Punkte wird durch den Plan der Arbeit nicht bedingt.

⁴ Tancred, *Summa*. tit. 17 (S. 20); Glosse zu c. 26 X 4, 1 *verb. copula subsecuta*; zu c. 28 X 4, 1 *verb. ante carnis copulam*; zu c. 4 X 4, 9 *verb. nec facto*. Die Gl. zu c. 5 X 4, 5 *verb. praesum.* bemerkt: „... *per carnalem copulam ipso facto videtur consensum exprimere de praesenti*.“ Ebenso spricht von *ipso facto consentire* Hostiensis, lib. 4 rubr. de *matr.* § *qualiter contrah.* (S. 289 b).

⁵ Gl. zu c. 15 X 4, 1 *verb. post fidem praestitam*. Hier bemerkt die Glosse zu der Stelle der Decretale „*Quatenus si inveneris, quod primam post fidem praestitam cognoverit, ipsum cum ea facias remanere*“: *quod si ita est, matrimonium est inter eos, ut dixi: quamvis non credebant, tali tacito consensu contrahere* ...“

⁶ Vgl. statt Aller Tancred, *Summa*. tit. 5 (S. 6).

aus naheliegender und natürlicher: Wenn der Inhalt des ehelichen Consenses in der *affectio maritalis* und in der Zustimmung zur *copula* gefunden wird,¹ so muss nothgedrungen von dem vollendeten Inhalte des Consenses auf das Vorhandensein des letzteren geschlossen werden. Thomas von Aquino bemerkt geradezu „ . . . cum nihil possit expressius significare consensum quam carnalis copula“. ² Es wird daher von der Glosse zum Decret³ mit Recht bemerkt, dass es fast den Anschein habe, als ob nach vorangegangenen *sponsalia de futuro*⁴ die *copula* die Ehe schliesse. Aber sie erklärt weiter: *illud referas ad praesumptionem*, d. h. nicht die *copula* wirkt die Ehe, sondern der in der *copula* präsumirte⁵ Consens. Die Präsumption ist eine *praesumptio iuris et de iure*.⁶ Die Glosse unterscheidet daher zwei Arten des Consenses: den *verus* und den *praesumptus*.⁷

Mit Recht könnte man hier den Einwand erheben: Wenn die Mehrzahl der kanonistischen Schriftsteller als Inhalt des Consenses nicht bloss die Zustimmung zur *copula*, sondern — und vielfach geradezu ausschliesslich — die Einwilligung in die Lebensgemeinschaft (*vitae consuetudo*) betrachtet, warum wird denn nicht auch aus der *vitae consuetudo* auf den Consens geschlossen? Dies geschieht aber in der That mehrfach,⁸ genau so wie im römischen Recht. So haben wir denn auch hier wieder das römische Eheschliessungsrecht in seiner vollkommenen Klarheit vor uns. Dass bei den Kanonisten die *copula* gegenüber

¹ Vgl. Tancred, *Summa*. tit. 12 (S. 14); Robert. Flam. II. (S. XI); Hostiensis, lib. 4 rubr. de matr. § qualiter contrah. (S. 289 b).

² Comm. in Sent. Lomb. dist. 28 q. 1 art. 2 (ed. cit. S. 939).

³ Gl. zu c. 5 C. 27 q. 2 verb. nam cum viri.

⁴ Davon handelt die in der Glosse citirte Decretale Alexanders III. (s. c. 2 X 4, 7). — Aehnlich hat sich die Glosse auch bezüglich der bedingten Ehe, zu welcher die *copula* hinzugetreten sei, ausgesprochen (zu c. 1 C. 27 q. 2 verb. coitus).

⁵ Vgl. Gl. zu c. 15 X 4, 1 Casus und verb. praestitit; zu c. 26 X 4, 1 verb. nec forma i. f., zu c. 31 X 4, 1 verb. contra praesumpt. Vgl. auch von Prozessualisten: Io. Andreae, welcher hier von einer necessaria praesumptio spricht (*Ordo iudic. ed. Wunderlich. Basel 1840. c. 8 § 11. S. 40; ed. H. Horn. München 1837. S. 47*) und den Verfasser des von Gross (Innsbruck 1870) herausgegebenen *Ordo iudiciarius incerti auctoris* (p. 1 tit. 15 S. 129).

⁶ Gl. zu c. 30 X 4, 1 Casus; zu c. 12 X 4, 17 verb. affidasse; Hostiensis, lib. 3 rubr. de praesumpt. § quot eius species (S. 154).

⁷ Gl. zu c. 2 X 4, 2 verb. consensus, zu c. 9 X 4, 2 verb. consensus.

⁸ Vgl. die von Schulte (*Literaturgesch. der compilationes antiquae* S. 68 Nr. 15) mitgetheilte Stelle aus dem *Compilationenapparat* Tancred's; Gl. zu c. 21 X 4, 1 Casus; Hostiensis, lib. 4 rubr. de matr. § qualiter contrahitur (S. 289), eod. § et qualiter dissolv. (S. 291); lib. 4 rubr. de sponsa duorum § quae quibus praeiudicent (S. 299 b).

der Lebensgemeinschaft entschieden in den Vordergrund tritt, habe ich oben bereits begründet.

Aus dieser Eigenschaft der copula ergeben sich folgende wichtige Consequenzen:

a) Wenn zu sponsalia de futuro copula hinzutritt, so entsteht ebenso eine Ehe wie durch Abgabe eines consensus de praesenti.¹

b) Die bedingte Ehe wird durch copula ebenso zur unbedingten, wie durch ausdrücklichen Consens.²

c) Die wegen error conditionis ungültige Ehe wird gültig, wenn der Irrende nach Erkenntniss des Irrthums „verbo vel facto per copulam“ in die Ehe mit der Unfreien einwilligt.³

d) Das impedimentum vis fällt fort durch ausdrücklichen, freiwillig erneuten oder auch stillschweigenden Consens (copula).⁴

§ 27. Die Sponsaliendistinction bei den Civilisten.

Wenn irgend etwas geeignet ist unsere Behauptung zu bestärken, dass der Sponsaliendistinction die einfachen Sätze des römischen Rechtes zu Grunde liegen, so ist es die Behandlung dieser Theorie durch die Glossatoren des corpus iuris civilis.⁵ Klar und bestimmt wird hier zwi-

¹ Vgl. Tancred, Summ. tit. 5 (S. 6), tit. 6 (S. 10), tit. 27 (S. 50). Vgl. auch tit. 6 (S. 9). Gl. zu c. 13 X 4, 1 Casus.

² Gl. zu c. 1 C. 27 q. 2 verb. coitus; Tancred, Summ. tit. 5 (S. 6); Gl. zu c. 1 X 4, 4 verb. si permiserit; Gl. zu c. 3 X 4, 4 verbis consensus de pr. und carnalis. Hostiensis (lib. 4 rubr. de matr. § qualiter contrahantur. S. 289) bemerkt: „Nam carnis copula verba de futuro trahit ad praesens tempus praesumptive ... sicut et de expresso dissensu consensum faciat ... et propterea videtur a conditione recessum ...“ Ioann. Andreae, Summ. p. I. c. 4.

³ Tancred, Summ. tit. 17 (S. 20); Gl. zu c. 4 X 4, 9 verb. nec facto.

⁴ Gl. zu c. 1 C. 36 q. 2 verb. eos qui; Tancred, Summ. tit. 26 (S. 48), lib. iudic. p. 3 tit. 14 § 2; Gl. zu c. 9 X 4, 2 verb. consensus, zu c. 11 X eod. verb. carnaliter, zu c. 2 X 4, 7 verb. cognoverit, zu c. 4 X 4, 18 verb. copulae carnali.

⁵ Was die Exceptiones Petri betrifft, so enthalten dieselben ganz deutlich die römisch-rechtliche Unterscheidung von sponsalia und matrimonium und den Satz von der ehewirkenden Kraft des Consensus (1, 44. 1, 45. 1, 49. 50. 4, 44. 4, 57). In letzterer Hinsicht gehen übrigens die Appendices (Fitting, Jurist. Schriften des früheren Mittelalters. Halle 1876. Appendix P. I c. 20. S. 158; libellus de verbis legal. c. 6. S. 184, c. 52. S. 200) noch weiter, indem sie die Ehe als Consensualcontract (wie die emptio venditio) hinstellen. Da die Exceptiones die römischen Grundsätze zur Darstellung bringen, enthalten sie natürlich auch die Grundzüge der Sponsaliendistinction. Daraus aber auf eine Kenntniss der letzteren schliessen zu wollen, ist verfehlt. Von einer solchen Distinction konnte nur dort die Rede sein, wo eine neue Sacramentstheorie die Interpretation der von desponsatio u. s. w. handelnden Stellen veranlasste (vgl. oben). Für die vorliegende Arbeit ist daher

sehen sponsalia und matrimonium unterschieden: Sponsalia sind die *mentio ac repromissio nuptiarum*,¹ matrimonium dagegen das *consortium totius vitae*.² Die Ehe wird geschlossen durch den übereinstimmenden Willen zweier Personen, den *consensus nuptialis*, nicht durch *concubitus*.³ Ebenso wenig wie dieser ist aber auch die thatsächliche Lebensgemeinschaft erforderlich.⁴ Aus der Herstellung der letzteren wird unter bestimmten Voraussetzungen der eheliche Wille entnommen.⁵

Bis hierher haben wir also ausschliesslich römisches Recht. Es hätte diesem Literaturkreise daher die Sponsalien-Terminologie der Kanonisten ganz erspart bleiben können. Aber in diesem Punkte zeigt sich eben, wie die Studien des kanonischen und römischen Rechtes vielfach in einander gegriffen haben. Civilisten zeigen nicht minder umfassende Kenntniss des kanonischen Rechtes⁶ wie umgekehrt. Haben doch manche Lehrer gleichzeitig in beiden Schulen das Lehramt bekleidet.⁷ So finden wir denn auch bei den Legisten die Sponsaliendistinction.

die neuerdings so viel berührte Frage nach der Entstehungszeit der *Exceptiones* gleichgültig (vgl. Ficker, a. a. O. II. Ergänzungsbd. S. 1 ff.; Fitting, Zeitschr. der Savigny-Stiftung f. röm. Rechtsgesch. Bd. 7 S. 27 ff. Dagegen Max Conrat, Das Ashburnhamer Rechtsbuch. Quelle der Exc. Petri. Als Manuscript gedruckt 1886).

¹ Vgl. statt Aller Placentinus, Summa in Cod. (Mog. 1536) 5, 1 (S. 193 ff.).

² Io. Andreae, Summ. de sponsal. et matr. p. I. c. 1 bemerkt bezüglich dieser Definition: „... Et qua diffinitione, quae communis est canonistis et legistis.“

³ Bulgarus (Bulgari et Placentini ad titulum Pandect. de regul. iuris comm. Colon. Agrippin. apud Ioan. Gymnicum anno 1587) zu c. 30 D. 50, 17. Placentinus, Summ. in Cod. 5, 4 (S. 196 ff.); Bassianus, Summ. in Nov. Justin. (Francof. 1615. Savigny, 2. Aufl. 4, 296). Nov. 22, (S. 79); Azo, Comm. ad singulas leges XII. libror. Cod. (Paris. 1577) zu l. 1 C. 5, 1 (S. 368), zu l. 6 C. 5, 3.

⁴ Vereinzelt anderer Ansicht bezüglich der *traductio Placentinus*, Summ. in Codic. (zu 5, 4. S. 196 ff.). Dagegen Azo, a. a. O. zu l. 6 C. 5, 3: Cum in te. Uxor enim fuisti per hanc l. voluit dicere P. (= Placentinus) quod solo consensu non contrahitur matrimonium, imo necessaria est deductio in domum, secundum nos contra ut D. de reg. iur. nuptias et etiam sibi contradicit D. de ritu nupt. in liber. et hic non erat consensus de praesenti sed de futuro, cum contraherentur sponsalia et sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum, praesumitur ergo contractum si mulier deductur in domum viri non autem econverso, ut hic et D. de ritu n. mulierum, si vero esset de praesenti, contraheretur matrimonium sine deductione in domum. Vgl. auch zu l. 7 C. 5, 4.

⁵ Vgl. die vorstehende Anmerkung. Vielleicht spricht deshalb Hugo, einer der *quattuor doctores* (Savigny 4, 155), von *re et verbo coniuncti* (Savigny 4, 504). Vgl. Bassianus in Schulte, Literaturgesch. der Compil. antiquae. S. 68. Nr. 15. (Die Sigle P. am Schlusse der Stelle bedeutet Lanfranc, der zugleich Civilist und Kanonist war; vgl. Schulte, ebenda S. 52.)

⁶ So Placentinus (der nicht Kanonist war, vgl. Savigny 4, 256).

⁷ Als Erster: Bassianus. Vgl. Savigny 5, 233.

Placentinus¹ deutet dieselbe nur an, und bemerkt bei der Frage, ob der Consens bei Sponsalien und Ehe derselbe sei — einer Frage, die auf Grund des römischen Rechtes natürlich verneint wird —: *Sunt tamen quidam, qui non inargute distinguunt et dicunt: immo sponsalium consensus est de futuro, nuptiarum de praesenti*“. Selbst angewendet hat Placentinus diese Distinction nicht.

Weiter gehen Bassianus,² der die neue Terminologie auf römisches Novellenrecht erstreckt, Azo,³ Balduinus,⁴ Accursius,⁵ Vivianus⁶ und Odofredus,⁷ welche die Theorie ganz allgemein benutzen.

Alle diese operiren mit den neuen Ausdrücken ohne die geringste Schwierigkeit. Müssen sich da nicht die Begriffe gedeckt haben? Sponsalia de futuro sind die sponsalia, und sponsalia de praesenti das matrimonium des römischen Rechts.⁸ Bemerkenswerth ist auch die Uebereinstimmung der Kanonisten und Civilisten über die concludente Natur der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Es sind stets die gleichen, unwandelbaren Grundsätze, welche zur Anwendung kommen. Ein Blick auf die Behandlung der Sponsalientheorie bei den Legisten muss überzeugen, dass es sich — für das Eheschliessungsrecht — im Grunde nur um eine neue Terminologie gehandelt hat.

Da die Glossatoren dies wohl erkannten, haben sie sich auch von der Anwendung der erprobten Ausdrücke des römischen Rechtes durch die neue verwirrende Terminologie — die vollständig zu übergehen sie nicht gesonnen waren — nicht abbringen lassen. Sie unterscheiden nach wie vor zwischen sponsalia und matrimonium; und nur vereinzelt finden sich die Ausdrücke sponsalia de futuro, de praesenti, wobei, wenn von sponsalia ohne besondere Bezeichnung die Rede, sponsalia de

¹ Summ. ad Cod. 5, 1 (S. 193 ff.).

² Summ. in Nov. 22 (ed. cit. S. 79). — Darüber, dass Bassianus Anhänger der Sacramentslehre des Lombardus war, s. oben. Für ihn lag daher berechtigter Grund zur Reception der Distinction vor.

³ Comm. ad singul. libr. XII. Cod. zu l. 1. 1. 2. 3 C. 5, 1 (ed. cit. S. 568 ff.), zu l. 1 C. 5, 2. l. 6 C. 5, 3.

⁴ Gl. zu l. 1 D. 23, 1 (ed. Lugdun. 1572).

⁵ Gl. zu l. 1 D. 23, 1, l. 66 D. 24, 1.

⁶ Casus zu l. 5 D. 23, 2; ferner auch Casus zu l. 13 C. 5, 4.

⁷ Super digest. veteri comm. zu 23, 1: „Certe sponsalia sunt interrogatio et responsio facta per verba de futuro ... contract. per verba de futuro: hoc modo dicit masculus mulieri: promittis quod accipias me in virum; sed si contrahuntur per verba de praesenti, non sunt sponsalia, sed potius matrimonium, vel nuptiae, verbi gratia dicit: promittis quod accipis me in virum ...“

⁸ Vgl. die Stelle in Anm. 7.

futuro gemeint sind.¹ Azo nennt die letzteren deshalb geradezu „vera sponsalia“ die wahren, eigentlichen Sponsalien.²

§ 28. Schlussbetrachtung über die kanonistische Doctrin.

I. Denselben Standpunct, wie wir ihn bezüglich der Civilisten gekennzeichnet haben, nimmt aber auch die kanonistische Doctrin ein.

Betrachten wir die Terminologie, so springt sofort in die Augen, dass der Ausdruck sponsalia de praesenti kein sehr häufiger ist, ja dass das Wort „sponsalia“ sehr oft im ausdrücklichen Gegensatze zu „matrimonium“ gebraucht wird.³ Man wird, oder auch man blieb sich der eigentlichen Bedeutung jener Ausdrücke bewusst, und man erkannte, dass die Terminologie sponsalia de praesenti eine unrichtige und zu Verwirrung führende ist. Daher meint die Glosse zum Decret,⁴ dass nach dem grammatischen Sinne jener Vocabeln (*proprie*⁵) zwischen sponsus und sponsa keine Ehe bestehe, weil sponsio die *repromissio futurarum nuptiarum* bedeute. Denselben Gedanken drückt Tancred viel präciser aus:⁶ „Et ista (d. h. *futararum nuptiarum promissio, accipiam etc.*) sunt vere sponsalia, quando per verba de futuro contrahuntur. Si vero per verba praesentis temporis contrahuntur, quia dicit vir: ego accipio te in meam uxorem vel alia similia verba dicuntur, quae mutuum consensum utriusque de praesenti significant . . . ista talia dicuntur sponsalia de praesenti, quae improprie dicuntur sponsalia, sed vere est matrimonium“.

Mit anderen Worten, der terminus sponsalia de praesenti ist unglücklich gewählt. Es ist eben kein Verlöbniß, sondern matrimonium, was damit ausgedrückt sein soll. Tancred hat denn auch in der That jene Distinction fast nie angewendet; ganz mit Stillschweigen konnte er sie aber nicht übergehen. In seinem Systeme unterscheidet er aus-

¹ Vgl. die citirten Glossen des Balduinus und Accursius. Vgl. ferner die citirten Stellen von Bassianus und Odofredus. Vgl. namentlich auch Azo, Comm. in Cod. zu l. 1. 2. 3 C. 5, 1.

² Comm. in Cod. zu l. 1. 2. 3 C. 5, 1.

³ Vgl. Gl. zu c. 1 C. 30 q. 2 Casus; Tancred, Summ. tit. 4 (S. 5): „non est matrimonium, sed sponsalia“, tit. 27 (S. 49) u. a. m.; Gl. zu c. 4 X 4, 1 verb. habere non potest; zu c. 29 X 4, 1 verb. Gemma; zu c. 1 X 4, 2 Casus; zu c. 14 X 2, 13 verb. nondum septem.

⁴ Gl. zu pr. Dict. vor c. 1 C. 27 q. 2 verb. sequitur.

⁵ Ich weise auf die Distinction Huguccios von den vota de praesenti und de futuro (vgl. unten S. 167) hin; das erste „*proprie*“, das zweite „*improprie*“ Gelübde. Also umgekehrt wie bei der Sponsaliendistinction. Vgl. unten S. 169.

⁶ Summ. tit. 3 (S. 3).

drücklich wieder zwischen sponsalia und matrimonium, nicht mehr zwischen sponsalia de futuro und de praesenti. Die sponsalia de futuro sind die eigentlichen sponsalia (Summ. tit. 6 S. 10), die Verlobung des römischen Rechts (Summ. tit. 2 S. 3), welche der Ehe, dem matrimonium, voranzugehen pflegen (Summ. tit. 1 S. 3; tit. 8 S. 12).¹ Was die Glosse zu den Decretalen anlangt, so ist ja zuzugeben, dass sie den Ausdruck sponsalia de praesenti anwendet; ebenso richtig ist es aber auch, dass sie sponsalia und matrimonium vielfach in ausdrücklichen Gegensatz zu einander stellt.² Wenn sie zu c. 5 X 4, 7 verb. et quod hic plus³ hervorhebt, dass zwischen sponsalia und matrimonium derselbe Unterschied bestehe, wie zwischen dem Willen, gegenwärtig die Ehe zu schliessen, und dem Willen, dies erst in Zukunft zu thun (also zwischen Verlöbniß und Ehe im römischen Sinne), so steht sie thatsächlich auf demselben Standpunkte wie Tancred. Ganz klar spricht sich Hostiensis aus: „... improprie dicuntur sponsalia de praesenti, quia est vere matrimonium, ita ut licet carnaliter non cognoverint non tamen licet alicui eorum alii nubere“.⁴ Er stellt sponsalia und matrimonium als etwas besonderes gegenüber; den Ausdruck sponsalia de praesenti gebraucht er nicht, denn dieser ist ein unrichtiger, ein uneigentlicher. Ebenso bezeichnen Thomas von Aquino (Comm. in Sent. Lomb. dist. 27 q. 2 art. 1 S. 931) und Jo. Andreae (Summ. de sponsal. et matr. p. I c. 5) die sponsalia per verba de futuro contracta als die

¹ Auch Robert. Flam. unterscheidet deutlich zwischen sponsalia (worum unter er die sponsalia de futuro versteht) und matrimonium (a. a. O. II. Abs. 2. S. XI; XIII i. pr. § 12; XIV § 1 S. XXIII; XVIII S. XXVI); er handelt in III ff. von den impedimenta dirim. matrim., in XIV von den Gründen quae impediunt sponsalia. In XIII § 3 (S. XXII) nennt er die sponsalia „praeparatoria matrimonii“. (Ueber die sonderbaren und selbst ausdrücklichen — dem Verfasser bekannten — päpstlichen Entscheidungen widerstreitenden Konsequenzen, welche Robert. aus diesem Satze ableitet, vgl. XIII § 3. S. XXII und Anm. 20 von Schulte.)

² Die Gl. zu c. 3 X 4, 8 nennt sponsalia de futuro im Gegensatze zu matrimonium sponsalia.

³ „quia hic est fides de praesenti contrahendo cum ea, quatenus potest, sed in alio casu est tantum fides de futuro et est similis differentia, sicut inter sponsalia et matrimonium.“

⁴ lib. 4 rubr. de sponsal. et matr. Addit. (S. 286 b). Ebenda: Et ista sunt sponsalia quando sic per verba de futuro contrahuntur, quia, si per verba de praesenti contrahuntur, ut accipio te in meam, vel consimilia verba dicantur, quae mutuum consensum utrinque de praesenti significant, ut cum dicit vir, consentio in te, tamquam in uxorem, vel tamquam in meam, et illa similiter dicat, tunc verum est matrimonium.

eigentlichen (*proprie*) Sponsalien und verwenden fast nie den Ausdruck *sponsalia de praesenti*. Aus diesem Umstande ergibt sich wieder, dass die Sponsalientheorie als Eheschliessungslehre nichts als eine Anwendung römischrechtlicher Grundsätze gewesen ist, weiterhin aber auch, dass sie mit den Ansichten Gratians und der Schule von Bologna über Eheschliessung sich im Einklange befunden hat. Dies wird wiederum durch den Umstand bestätigt, dass gerade die Glosse¹ zum Decret in Uebereinstimmung mit Anderen² ohne die geringste Schwierigkeit die Sponsalienunterscheidung mit der Lehre von dem *initiatum* und *consummatum matrimonium* verbinden konnte. Das zur Zeit der Glosse und heute noch geltende Recht war ja auch seit Alexander III. eine Vereinigung der Anschauungen Gratians und Lombardus.

II. Dass die Doctrin wieder — wie wir sehen — zu den Ausdrücken des römischen Rechts griff, hatte seinen guten Grund. Seitdem durch die päpstliche Gesetzgebung klar und deutlich die Sacramentslehre Gratians recipirt, die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe aber auf einen einzigen Fall beschränkt war und also das Recht durch päpstliche Entscheidung unerschütterlich feststand, da bedurfte die Theorie jener Distinction des Lombardus nicht weiter. Jetzt galt es nicht mehr alte, unklare, von *sponsi*, *sponsae*, *desponsatio* handelnde Quellen zu interpretiren und daraus die Auflösbarkeit oder Unauflösbarkeit der Ehe abzuleiten. Das Recht war durch päpstliche Aussprüche fixirt. Jetzt musste man sich wieder bewusst werden, was jene Distinction bedeuten sollte, und sich in das Gedächtniss zurückrufen, dass die Bezeichnung *sponsalia de praesenti* ihrer eigentlichen Bedeutung nach durchaus nicht den Sinn wiedergab, den sie geben sollte. Man musste naturgemäss für diejenigen Begriffe des römischen Rechts, welche durch jene Termini „*sponsalia de futuro* und *de praesenti*“ gedeckt werden sollten, endlich auch wieder die Ausdrücke des römischen Rechts in Anwendung bringen. So unterscheidet man denn nicht mehr zwischen *sponsalia de futuro* und *de praesenti*, sondern wieder, wie es vor Lombardus der Fall war, zwischen *sponsalia* und *matrimonium*. Die Spon-

¹ Interessant ist es, wie die Glosse mit der zweiten Distinction Gratians (dass nämlich zwischen *sponsi* keine Ehe bestehe, sondern eine blosse Bezeichnung *ex spe futurorum* vorliege) umspringt; zu dict. vor c. 40 C. 27 q. 2 verb. *sponsa*: Nec haec solutio multum valet, zu dict. vor c. 46 eod. verb.: Ex his fere per totum istum § male dicit Grat. Uebrigens vertritt bekanntlich Gratian diesen zweiten Auflösungsversuch nicht, sondern theilt ihn bloss der Vollständigkeit halber mit. Vgl. oben S. 88.

² Vgl. z. B. Io. Andreae, *Summa de sponsal. et matr.* p. II c. 6: „Initiator per verba de praesenti; perficitur sive consummatur per copulam carnalem.“

salienunterscheidung, die scholastische Distinction hatte ihre Schuldigkeit gethan.¹

Die abweichenden Ansichten der neueren Literatur über die Verlöbnißunterscheidung sind in Excurs II. besprochen.

§ 29. Schluss. Das Tridentinum.

I. Mit dem Vorstehenden hätten wir eigentlich unsere Aufgabe „Die Unterscheidung der Verlöbniße im kanonischen Rechte“ zu Ende geführt. Der Vollständigkeit und des besseren Abschlusses halber möge aber noch kurz auf die Frage eingegangen werden, ob das Tridentinum irgendwelche Aenderung bezüglich der oben ermittelten Sätze getroffen oder ob es dieselben formell bestätigt hat.

Wenn ich hierbei die Zwischenzeit völlig überspringe, so wird dies bei dem Charakter der juristischen Literatur dieser Zeit begreiflich erscheinen. Der einzig neue Satz dieser Periode betrifft das päpstliche Auflösungsrecht der unvollzogenen Ehe. Die Geschichte dieses Rechtes gehört aber nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit. So viel möge jedoch schon hier bemerkt sein, dass sich seit Alanus eine auf diese Rechtsbildung hinwirkende Richtung in der Doctrin bemerkbar machte,² und dass über die Berechtigung des Papstes vereinzelt bereits im 13. Jahrhundert debattirt wurde,³ wie ja diese Frage noch im 15. Jahrhundert nicht als eine definitiv entschiedene zu betrachten ist.⁴

II. Das Tridentinum steht vollständig auf dem oben dargelegten Standpunkte der Decretalen und der Doctrin — abgesehen natürlich davon, dass es bei der Consenserklärung eine bestimmte Form verlangt und bei dem Mangel dieser Form eine Ehe nicht zu Stande kommen lässt.

Zuvörderst kann es meines Erachtens keinem Zweifel unterliegen, dass das Tridentinum ausschliesslich den Consens als die Ehe bewirkend betrachtet. Nicht nur wird niemals (mit Bezug auf die copula) das Gegentheil behauptet, es wird dieser Satz sogar ausdrücklich ausgesprochen. Sess. XXIV can. 6 nennt die nichtconsummirte — also durch Consens geschlossene — Ehe ein *matrimonium ratum*. Das Decret. de

¹ Sie war dem Untergange geweiht, denn sie war nicht Selbstzweck, und der Zweck, dem sie diente, war nicht mehr vorhanden. Mit Rücksicht auf die Decretalen ist die Terminologie *sponsalia de praesenti* und *de futuro* natürlich nicht sofort verschwunden.

² Vgl. S. 121. 180.

³ *Durantis, Specul. iur. lib. 1 partic. 1 de dispensationibus.* § Nunc breviter dicendum, est de disp. dom. papae i. f.

⁴ *Sehling, Geschlechtsgemeinschaft* S. 55. — Weiteres behalte ich mir zu Ausführung an anderer Stelle vor.

ref. matr. c. 1 i. pr. bezeichnet die durch blossen Consens geschlossene Ehe: *ratum et verum matrimonium*. Der Catechismus ex decret. Concil. Trid. charakterisirt in p. II c. 8 q. 4 (ed. Tauchnitz. Lips. 1840 S. 277) den consensus als *causa effectrix matrimonii*. Ebendasselbst wird bemerkt, dass nur durch den Consens „obligatio et nexus“ der Ehe entstehen könne; verbindet man hiermit den Satz der q. 3: „*nihil horum tamen matrimonii vim et rationem proprie habere, nisi obligationem illam et nexum, qui coniunctionis vocabulo significatus est*“, so erhält also nach dem Catechismus die Ehe nur durch den Consens ihre Kraft und ihr eigentliches Wesen. Die q. 8 c. 8 giebt diesem Gedanken noch speciell gegenüber der copula Ausdruck.¹

Ja, die so geschlossene Ehe ist unlöslich: Sobald die Consensworte gesprochen, sind die Eheleute mit unlöslichen Banden an einander gefesselt.²

Wenn wir diese Vordersätze festhalten, und nunmehr den Satz von der Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe durch Professleistung³ und durch päpstlichen Dispens betrachten, so ergibt sich für mich nur der Schluss: Die Ehe, welche durch Consens zu Stande kommt,⁴ ist *verum et ratum matrimonium*, und abgesehen von wenigen Ausnahmen unlöslich.

Weiter ist zu formuliren: Jede Ehe ist Sacrament. Wann das Sacrament aber vorhanden ist, sagt das Tridentinum nicht. Nach dem Catechismus sind „wahre Ehen“ von der copula unabhängig. Also wäre — wenn wir Eheschliessung und Sacrament nicht zeitlich trennen wollen — auch die unvollzogene Ehe sacramental: das wäre also die

¹ p. II. c. 8 q. 8 (ed. cit. S. 278): *Ex iis igitur parochi fidelibus tradent, matrimonii naturam et vim in vinculo et obligatione sitam esse, ac praeter consensum, eo, quo dictum est, modo expressum, ut verum matrimonium existat, concubitus necessario non requiri; nam et primos parentes ante peccatum, quo tempore nulla inter eos carnis copula intercesserat, ut patres testantur, vero matrimonio iunctos fuisse, plane constat. Quare a sanctis Patribus dictum est, matrimonium non concubitu, sed consensu existere; quod etiam a sancto Ambrosio in libro de Virginibus repetitum legitur.*

² Catech. p. 2 c. 8 q. 7 (ed. cit. S. 278): *Quum itaque coniugii obligatio nuda promissio non sit, sed eiusmodi abalienatio, qua re ipsa vir mulieri et vicissim mulier viro corporis sui potestatem tradit: idcirco necesse est, verbis, quae praesens tempus designant, matrimonium contrahi* (nach dem Tridentinum also durch Consenserklärung coram parcho etc.): *quorum verborum vis, postquam etiam enuntiata sunt, permanet, virumque et uxorem indissolubili vinculo constrictos tenet.*

³ c. 6 De sacram. matr.

⁴ Warum nach Freisen gerade der Satz, dass die Ehe allein durch Consens geschlossen werde, fallen muss, ist nach Vorstehendem nicht einzusehen; auch er ist, wie oben gezeigt, von der höchsten kirchlichen Autorität stets anerkannt gewesen.

Sacramentslehre des Lombardus. Damit steht aber im Widerspruche die Auflösung durch professio, und die Wirkung des Sacraments besteht eben in der vollkommenen Unlöslichkeit.¹ Folglich fallen Eheschliessung und Sacrament nicht vollkommen zusammen, wie denn auch die herrschende Theorie erst in der copula die materia proxima erblickt. Hiermit stimmen die sonstigen Beschlüsse des Tridentinum, wonach die Ehe erst mit der consummatio vollständig unlöslich ist, sehr wohl überein. Die Unauflöslichkeit nach dem Sacrament ist eine gesteigerte; sie schliesst auch jene wenigen Ausnahmen bei der unvollzogenen Ehe aus. Wie könnte man denn auch sonst die Bestimmungen, welche sowohl die Ehe an und für sich als unlöslich hinstellen, und daneben als besondere Wirkung des Sacraments die volle Unlöslichkeit bezeichnen, anders verstehen, als dass durch die copula die Unauflöslichkeit noch gesteigert werde.

So ist denn das Recht des Tridentinums dieses: die Ehe kommt durch Consens zu Stande; dann ist sie in der Regel — nulla regula sine exceptione — bereits unauflöslich; ohne Ausnahme wird sie unlöslich, wenn sie consummirt, wenn sie Sacrament ist.

Mir scheint, als wenn der Catechismus dieses Resultat selbst zum Ausdrucke bringe:²

„Quamvis enim matrimonio quatenus naturae est officium conveniat, ut dissolvi non possit: tam id maxime fit, quatenus est sacramentum; qua ex re etiam in omnibus, quae naturae lege eius propria sunt, summam perfectionem consequitur.“³

II. Das Tridentinum kennt die „Sponsaliendistinction“ nicht, hat aber dieselben Ansichten über Eheschliessung und Sacrament wie diese in ihrer Ausbildung durch Alexander III. Mit anderen Worten: Das Tridentinum hat nicht die alte Terminologie, aber das dieser zu Grunde liegende Recht, bildet also auch in dieser Beziehung den definitiven Abschluss der Verlöbnißunterscheidung, wie er schon in der Doctrin des 13. Jahrhunderts begonnen hatte.

¹ Vgl. Catechism. Rom. p. II. c. 8. 9. 17 (ed. cit. S. 283); eod. q. 25 (ed. cit. S. 287).

² P. II. q. 8 c. 11 (ed. cit. S. 279).

³ Ueber die abweichenden Ansichten Freisens und Meurers s. unten § 33 i. f.

Erster Excurs.

Zu § 3.

§ 30. Die abweichenden Ansichten über das römische Eheschliessungsrecht.

Die aufgestellte Ansicht bedarf einer Vertheidigung gegen gewichtige Autoritäten wie Hasse,¹ Glück,² Sohm,³ Scheurl⁴ und Andere.

I. Betrachten wir zunächst die Ausführungen Hasse's. Derselbe geht von folgenden Erwägungen aus. Die Ehe kommt durch Consens zu Stande, dieser bedeutet nicht dasselbe wie bei den Consensualcontracten, da die Ehe keine Obligation, sondern ein Familienverhältniss ist. Sie kann, da sie eine natürliche Thatsache ist, nicht aus einem juristischen Act entspringen, und, damit sie ist, müssen zwei Personen zweierlei Geschlechts ihr Leben wirklich vereinigt haben. (Diese Erwägungen aus der Sache selbst werden schon durch einen Hinweis auf die modernen Verhältnisse entkräftet.) Wenn der Consens hier entscheiden soll, so liegt das daran, dass die Ehegatten zu dem gemeinsamen Leben sich vereinigen müssen; und dieses freiwillige Zusammen treten ist der Consens, welcher die Ehe hervorbringt, ja schon die Ehe selbst, der Anfang des ehelichen Zusammenlebens. Man darf sich also Ehe und Consens zur Ehe als in der Wirklichkeit auseinander liegend nicht denken, auch nicht, als sei die Ehe noch etwas Bevorstehendes, wie beim Consensualcontract die Leistung; dies würden immer Sponsalien sein (l. 1. D. de sponsal.). Der consensus ist hier die factische Lebensvereinigung selbst.

Diese Ausführungen sind schon desshalb nicht stichhaltig, weil thatsächliche Lebensgemeinschaft mit „Ehe“ gar nicht identisch zu sein braucht; die Ehe ist im römischen Rechte auch ein Rechtsverhältniss, d. h. ein mit wichtigen rechtlichen Folgen ausgestattetes und unter bestimmten rechtlichen Normen stehendes Verhältniss. Die Römer waren natürlich, ebenso wie wir, weit davon entfernt, die natürliche Grundlage der Ehe zu verkennen; sie haben letztere vielmehr als eine in der Menschennatur begründete und daher allen Völkern gemeinsame Ver-

¹ Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Rechte. Berlin 1824. 1, 97 ff.

² Pandectencommentar 28, 373.

³ Das Recht der Eheschliessung. Weimar 1875. S. 109.

⁴ Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechtes. Erlangen 1877. Vgl. unten S. 162.

bindung angesehen.¹ Wenn Hasse meint,² dass damit die Auffassung von der Ehe erschöpft gewesen sei, so ist er in einem ebenso bedauerlichen, als leicht zu widerlegenden Irrthume befangen. Es bedarf gar keines Beweises,³ dass die Gültigkeit einer Ehe vorwiegend nach positiven Rechtsgrundsätzen bestimmt wird; und trotzdem soll die Ehe nur eine natürliche Thatsache sein, die aus einem juristischen Acte nicht entspringen könne? Nein, die Ehe hatte in Rom ebenso ihre natürliche und rechtliche Seite wie bei uns. Das Rechtsband der Ehe bleibt bestehen, auch wenn das natürliche gelöst wird;⁴ ersteres wird geschlossen durch consensus, affectio maritalis, das letztere coitu.⁵ Der Consens hat also mit einem natürlichen Lebensvorgang direct nichts zu schaffen. Könnte man wohl auch den Römern eine so unjuristische Betrachtungsweise zumuthen: „Die Lebensvereinigung ist ein Consens? Nein, es muss vielmehr heissen: in der factischen Lebensvereinigung kann der Consens gefunden werden. Nach Hasse hätte durch einen ausdrücklich erklärten gegenseitigen Willen der Contrahenten die Ehe überhaupt nicht zu Stande kommen können, und doch wird in den Quellen so häufig der Ausdruck „contrahere nuptias, matrimonium, consensu contrahere“ u. s. w. gebraucht;⁶ und doch nennt Gaius in l. 4 D. 22, 4 de fide instrum. die Ehe eine obligatio quae consensu contrahitur und stellt sie bezüglich der Schliessung den Consensualcontracten gleich! (S. auch oben S. 10).

Nach Hasse wären zwei Personen verschiedenen Geschlechts, die in Gegenwart von Zeugen — vielleicht unter Anwendung der alten, schon bei der coemptio gebräuchlichen Consensformeln — ihren gegenseitigen Eheschliessungswillen erklärt hätten und nicht sofort die Lebensvereinigung thatsächlich hätten folgen lassen wollen oder wegen Todes z. B. folgen lassen können, Verlobte gewesen trotz ihres Willens, Eheleute zu sein, trotzdem dass vielleicht schon Sponsalien vorangegangen waren. Weiterhin wäre der erklärte Eheschliessungs-Consens, ohne die Absicht die Lebensgemeinschaft eintreten lassen zu wollen, nicht einmal ein Verlöbniß gewesen.

Freilich macht Hasse sofort in den folgenden Paragraphen Zugeständnisse, indem er Fälle, wie die Eheschliessung unter Abwesenden, von Personen, die keinen Wohnort haben oder auf der Reise

¹ l. 1 § 3 D. de iustitia et iure 1, 1.

² Ueber Scheurl s. unten S. 162.

³ Vgl. statt aller Anderen Ulp., Fragm. V, 2. 3.

⁴ l. 32 § 13 D. 24, 1.

⁵ Vgl. die vorhergehende Stelle.

⁶ Vgl. l. 11 D. de sponsal. 23, 1; l. 3. 10. 11. 12 § 1. 13 § 2. 34 § 2. 35 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 7 D. de agnosc. 25, 3 u. s. w. mit l. 3 D. de rescind. vend. 18, 5.

sich befinden, in's Auge fasst. Wenn wir hier Hasse recht verstehen, so meint er, dass der Wille der Contrahenten, die Lebensvereinigung sofort eintreten zu lassen, auch ohne letztere selbst herzustellen, die Ehe bewirke.¹ Also hier ist es doch der Wille, der die Ehe macht, nicht jene Thatsache. Denn, wie Hasse an anderer Stelle² ganz richtig bemerkt, setzt das vereinigte Leben einen Wohnsitz voraus; hier erst konnte die wahre *societas vitae* ihren Ursprung nehmen,³ auf den *concubitus* kam es ja gar nicht an. Also giebt Hasse selbst zu, dass Eheschliessung und Lebensvereinigung zeitlich auseinanderfallen können. Allerdings concedirt Hasse hier nur insoweit, als er den Willen auf sofortige Lebensvereinigung gerichtet verlangt. Aber das ist nur scheinbar von Bedeutung. Denn die thatsächliche Lebensgemeinschaft tritt erst in Zukunft ein, und ich vermag einen wesentlichen Unterschied nicht darin zu finden, ob zwei Personen erklären, vom gegenwärtigen Augenblicke an rechtlich Mann und Frau sein zu wollen, dabei aber die Absicht haben, die thatsächliche Gemeinschaft erst in Zukunft eintreten zu lassen, oder ob sie den Willen haben, auch sogleich die Lebensvereinigung herbeizuführen, dies aber aus bestimmten — ihnen bereits bekannten — Gründen nicht vermögen. Man muss auch in's Auge fassen, dass Consenserklärung und Herstellung der Lebensgemeinschaft zeitlich stets auseinanderliegen werden. Inhalt einer Consenserklärung kann stets nur der sein, die thatsächliche Lebensgemeinschaft in nächster Zukunft, wenn auch im einzelnen Falle in allernächster Zukunft herbeizuführen. Ein anderer Wille würde auf etwas Unmögliches gehen. Wie lang hätte nun die Zwischenzeit dauern dürfen? Wäre es schon kein genügender Wille mehr gewesen, die thatsächliche Vereinigung beispielsweise nach drei Stunden herbeizuführen? Wo sollte da überhaupt die Grenze gefunden werden? Man sieht, wo in Rom eine Eheschliessung durch feierliche Consenserklärung stattfand, da war

¹ Man muss dies wenigstens aus seinen Worten (S. 103) entnehmen: „Ausser dem schon ungewöhnlichen Falle, dass der Mann zu der Frau zieht, kann es sich ereignen, dass zwei Leute, die beide von dem Wohnort des Mannes abwesend sind, sich vereinigen: wir, die wir jetzt zusammen sind, wollen als Eheleute zusammen bleiben von diesem Augenblicke an, ich, die Braut, ziehe mit dir in dein Haus, wenn wir zurückkehren; hier muss augenblicklich die Ehe geschlossen sein u. s. w.“ Ferner Anm. 155: Die Römer konnten nicht anders denken, denn sonst hätte ja ein Römer nie auf der Reise heirathen können. Dasselbe müsste auch alsdann gelten, wenn an dem Wohnorte selbst sich die beiden Personen vereinigten, die Hände in einander schlugen; in der bestimmten Absicht, von diesem Augenblicke an Mann und Frau zu sein, und nun, im Begriff die Frau nach seinem Hause zu führen, der Mann vom Schlage gerührt würde.

² A. a. O. S. 101.

³ Vgl. die Ausführungen Hasses, a. a. O. S. 109.

der Wille nicht darauf gerichtet, die thatsächliche Lebensgemeinschaft herzustellen, sondern eine „Ehe“ zu schliessen, d. h. von nun an Mann und Frau in rechtlicher Beziehung zu sein; Mann und Frau in thatsächlicher Hinsicht sein zu wollen, war Gegenstand anderweiter Parteivereinbarung. Das Gewöhnliche war allerdings die sofortige Herstellung des gemeinsamen Lebens und der Geschlechtsgemeinschaft. Weshalb hätte diese aber mit Willen der Contrahenten nicht auch einige Tage darauf vorgenommen werden können? Wäre deshalb keine Ehe zu Stande gekommen? Nach Hasse's Ansicht hätte überhaupt eine solche Consenserklärung vor Zeugen u. s. w. gar nicht stattfinden können. Denn wenn diese Consenserklärung als Willenseinigung über zukünftige Lebensgemeinschaft — und das war ja, wie gezeigt, jede Consenserklärung — als Verlöbniß zu betrachten gewesen wäre, so wäre in allen Fällen, in denen eine *promissio futurarum nuptiarum*¹ vorangegangen, jene feierliche Consenserklärung, die Hasse als möglich annimmt,² ein zweites Verlöbniß gewesen.

Alle diese Erwägungen aus der Natur der Sache sind demnach nicht stichhaltig. Hasse tritt aber noch einen directen Beweis an durch Interpretation dreier Pandectenfragmente, nämlich: l. 5. 6. 7 D. de r. n. 23, 2.

In l. 5 eod. ist von der Eheschliessung unter Personen die Rede, von welchen die eine vom Wohnorte der anderen entfernt ist. Hier wird die Ehe durch Heimführung geschlossen, d. h. durch den in dieser zu erblickenden Consens, und die Stelle besagt weiter nichts, als dass eine derartige Eheschliessung nur möglich sei bei Abwesenheit des Mannes und Anwesenheit der Frau am Domizile des Mannes, nicht umgekehrt bei Abwesenheit der Frau vom Domizile des Mannes, weil die Lebensvereinigung in der Wohnung des Mannes und nicht der Frau erfolgen müsse. Bei dieser Art der Eheschliessung ist also eine Stellvertretung nur auf Seiten des Mannes zulässig, und dies ist wohl begründet; denn die in *domum deductio* erfolgte von Alters her in das Haus des Mannes, eine solche in dasjenige der Frau war gegen die Sitte, galt sogar nicht als in *domum deductio*.³ Deshalb ist die polemisirende Bemerkung Hasse's,⁴ „hier soll es nicht hinreichen, dass ein Hochzeitszug des Bräutigams in das Haus der Braut veranstaltet wird, wenn auch darin der Consens zu heirathen klar genug liegt“, verfehlt. Mit ganz demselben Rechte kann man sagen: „hier soll es nicht hinreichen, dass ein Hochzeitszug des Bräutigams in das Haus der Braut

¹ Vgl. l. 1 D. de sponsal. 23, 1.

² Vgl. S. 103. 116.

³ Keineswegs ist daher, wie Scheurl (Eheschliessung S. 42. Zeitschrift 19, 357) meint, der Satz ausgesprochen, dass unter Abwesenden überhaupt nur durch in *domum deductio* die Ehe geschlossen werden könne.

⁴ A. a. O. S. 108.

veranstaltet wird, wenn auch darin der Beginn der thatsächlichen Lebensvereinigung klar genug liegt.“

Nirgends wird in der Stelle gesagt, dass eine Lebensvereinigung absolut zur Eheschliessung erforderlich sei. L. 6¹ und 7 D. eod. sind Consequenzen des Satzes, dass durch den in der Heimführung liegenden Consens die Ehe zu Stande kommt.

Die l. 66 pr. und § 1 D. 24, 1 werden von Hasse nicht richtig verstanden. Was zuvörderst die l. 66 pr. betrifft, so bietet die Uebersetzung des zweiten Satzes keine Schwierigkeit, wenn man nach dem Vorgange Hasse's das in *quaerendo exprimi zu tempus* zieht. Der Sinn ist dann der: Es sei unnöthig gewesen, bei der Anfrage auszudrücken, ob die Schenkung erfolgt sei vor der Heimführung bez. vor der Besiegelung des schriftlichen Heirathsvertrages. Hierauf komme es nicht an; sondern es sei lediglich zu prüfen, ob die Ehe bereits durch Consens der Parteien zu Stande gekommen sei. Nach Hasse scheint das Ungenaue der Anfrage lediglich in der Erwähnung des schriftlichen Heirathscontractes zu bestehen.² Nichtsdestoweniger muss aber Hasse zugeben, dass eine in *domum deductio* auch nach dem Beginne der Ehe möglich ist, und dass es deshalb auf die Idee, mit der man sich wirklich vereinigte, auf den Consens ankomme.³ Mit nackten Worten: Auch Hasse giebt zu, dass Consens und in *domum deductio* zeitlich auseinanderfallen können. Wenn es aber ferner nicht bestritten werden kann, dass die Heimführung der Beginn und die Vermittelung der thatsächlichen Lebensgemeinschaft ist, so hätte Hasse auch weiter zugestehen müssen, dass der *consensus* nicht „die factische Lebensvereinigung selbst“ sein kann, wie er einige Seiten vorher behauptet. Wenn Hasse gesagt hätte, der Consens kann in der factischen Lebensvereinigung liegen, er kann aber auch ohne eine solche vorhanden sein, so würde er gesehen haben, wie leicht sich die beiden

¹ Diese Stelle ist von Hasse (a. a. O. S. 107 Anm. 162) richtig übersetzt; denn „absentem“ ganz wörtlich zu nehmen, würde einen der vorhergehenden Stelle und Paull. Sent. rec. II, 19 § 8 widersprechenden Sinn geben.

² Dies entspricht keineswegs dem Wortlaute. Vgl. z. B. die richtige Interpretation der Stelle bei Glück, Commentar 22, 397 ff.

³ S. 112: „... und es wird nicht gesagt, dass auch die *deductio* oft nach dem Anfange der Ehe geschehe. Aber eben weil es doch nach dem Obigen möglich ist, und weil, wie der zweite Fall (in § 1) darthut, die *deductio* auch früher geschehen, eine *donatio* also auch nach derselben noch gültig sein kann, war dieselbe für sich allein noch nicht entscheidend, sondern es kam alles auf den *consensus* und das *matrimonium contractum* an, d. h. auf die Idee, mit der man wirklich sich vereinigt hatte.“

scheinbar widersprechenden Stellen l. 66 pr. und § 1. D. 24, 1 vereinigen lassen.¹

Sehr sonderbar nehmen sich Hasse's Ausführungen in § 35 aus. Hier handelt er von den etwaigen Beweisen für das Vorhandensein der *affectio maritalis*.² Solche findet er in Bestellung der *dos*, oder in ausdrücklichen, mündlichen oder schriftlichen Erklärungen; ja, seiner Ansicht nach waren bei der freien Ehe althergebrachte Heirathsformeln (*uxorem liberorum quaerendorum causa habere*) unentbehrlich. Diese Worte würden vor Zeugen gesprochen, eventuell müssten Nachbarn und andere Leute diese *affectio maritalis* bezeugen;³ endlich werde dieselbe präsumirt aus der Thatsache des Zusammenlebens mit einer *ingenua*, *quae non corpore quaestum fecit*.⁴ Ist dies nicht ganz genau dasselbe, als was wir oben mit dem Satze bezeichnet haben, dass aus dem Zusammenleben auf den ehelichen Consens geschlossen werde?

II. Scheurl ist durchaus Anhänger der Ansicht Hasse's,⁵ auf die er sich mehrfach ausdrücklich beruft.⁶ Ich könnte daher auf die vorstehende Darstellung verweisen, will jedoch auf die Scheurl'sche Beweisführung in seiner Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechts, welche einen selbständigen Charakter trägt, näher eingehen. Es wird dies um so verzeihlicher erscheinen, da Scheurl seine Ansichten, denen eine grosse Zahl anderer Schriftsteller beipflichtet, wiederholt und auch polemisirend gegen Andere⁷ vertheidigt hat.

Scheurl hebt in der Einleitung richtig hervor:⁸ Wenn wir von einem Recht der Eheschliessung reden, so ist damit von selbst gegeben, dass wir die Ehe unter den rechtlichen Gesichtspunct stellen und unter Eheschliessung ein Rechtsgeschäft verstehen: das Rechtsgeschäft; welches das Dasein der Ehe als Rechtsverhältniss bewirkt. Die Ehe ist nun kein blosses, reines Rechtsverhältniss Die Ehe ist volle Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Weib.

„Für das Rechtsgeschäft der Eheschliessung aber kommt an sich

¹ Ueber die auf l. 66 § 1 D. 24, 1 gestützte Ansicht einiger Aelteren, dass die Eheschliessungsfeierlichkeit in Rom drei Tage gewährt habe, vgl. Ayres, a. a. O. § 9 S. 42.

² Hasse hätte hier nach dem Vorgange der l. 13 C. 5, 4 von „Indicien“ der Ehe reden können.

³ l. 9 C. de nupt. 5, 4; l. 22 C. eod.; l. 11 pr. C. de rep. 5, 17; Nov. 22 c. 3.

⁴ l. 24 D. de ritu nupt. 23, 2; l. 34 pr. D. ad legem Iul. de ad. 48, 5; l. 3 pr. § 1 D. de concub. 25, 7.

⁵ Ebenso Sohm, Eherecht. S. 109. 110. Vgl. auch Glück, Comm. 23, 124 ff.

⁶ Eherecht. S. 41; in Zeitschr. 19, 357 ff.

⁷ Zeitschr. 19, 357 gegen Friedberg, Kirchenrecht. (2. Aufl.) S. 337 Anm. 3.

⁸ Eheschliessung. S. 2.

Alles andere, was die Ehe sonst ist, nicht in Betracht; von diesem Allen müssen wir bei der Frage, was Eheschliessung sei, zunächst absehen.“

Die Schlussfolgerung kann aus solchen Vordersätzen dann nur lauten: Eheschliessung ist die Herstellung des Rechtsverhältnisses „Ehe“; die Herstellung der Lebensgemeinschaft ist nicht erforderlich. Nach den folgenden Worten¹ könnte man diesen Schluss auch für die Ansicht Scheurl's halten. Dies ist aber ein Irrthum. Die Ehe ist nach Scheurl auch volle Lebensgemeinschaft und schliesst nur als solche ein Rechtsverhältniss in sich.² Mit anderen Worten: Eheschliessung ist nur möglich durch Herstellung der Lebensgemeinschaft. Scheurl giebt zwar zu, dass die Ehe ein Rechtsverhältniss ist, aber er identificirt mit den rechtlichen Seiten derselben die thatsächlichen, oder, besser gesagt, er vermengt beide, und zwar in der Weise, dass die Lebensgemeinschaft (also das Thatsächliche) das Rechtliche ganz absorbirt. Es ist dies ein Cardinalirrtum, welcher Scheurl auch von anderer Seite bereits vorgeworfen worden ist.³

Aus diesen unrichtigen Prämissen ergeben sich naturgemäss unzutreffende Folgerungen. Nach Scheurl vollzieht sich der natürliche Entwicklungsgang der Ehe in vier Momenten: Entschluss, sich künftig einander hinzugeben, Entschluss, dies wirklich in der Gegenwart zu thun, Ausführung dieses Entschlusses durch Eintritt in die Hausgemeinschaft, endlich körperliche Vereinigung.⁴

„Die zur Eheschliessung erforderliche Willenseinigung ist Verlobung;“⁵ der Entschluss, „sich gegenwärtig hinzugeben“ ist gleichgültig; denn „der erste und für die Wirklichkeit der Ehe unbedingt nothwendige Act der Ausführung des Eheschliessungswillens muss seiner Gestalt nach immer Heimführung der Braut als Ehefrau sein“. Die so gewonnenen Grundsätze wendet Scheurl nunmehr auf das positive römische Recht an. Eheschliessung im römischen Recht ist Verlobung

¹ „Das besondere geschichtliche Recht kann bestimmen, dass zur Eheschliessung Herstellung der thatsächlichen Lebensgemeinschaft erforderlich sei: im Wesen der Eheschliessung liegt das nicht, weil die Wirklichkeit der Lebensgemeinschaft nicht zum Wesen der Ehe als eines Rechtsverhältnisses gehört.“

² Eodem.

³ Vgl. Bechmann, a. a. O. S. 46 Anm. 2. — Wie wenig Gewicht gerade das römische Recht auf die sittlich-thatsächliche Seite der Ehe (trotz der schönen Definitionen!) und im Gegensatz hierzu, welches (überwiegende) Gewicht es auf die rein juristischen Wirkungen der Ehe gelegt, darüber vgl. Kuntze, Inst. § 763 (S. 536 ff.), § 764 (S. 536 ff.); Excursus zu § 764 (S. 587 ff.).

⁴ Eheschliessung. S. 4.

⁵ Eod. S. 6.

und Heimführung.¹ Hierbei verkennt Scheurl keineswegs, dass die römischen Juristen einen ganz bestimmten Sponsalienbegriff ausgebildet haben: das Versprechen der künftigen Ehe; aber seiner Ansicht nach wirkt der Verlöbnißwille hinein in die Eheschliessung durch Heimführung, sodass der damals ausgesprochene Wille genügt, ein neuer Consens nicht vorzuliegen braucht. Ging denn aber der Verlöbnißwille darauf, die gegenseitigen ehelichen Rechte „als gegenwärtige, nicht erst in Zukunft zu erwerbende“² hervorzubringen? Scheurl bemerkt hierzu:³ „Es gewinnt dieser consensus jetzt aber insofern einen anderen Inhalt, als er bei dem Verlöbniß auf künftige, bei der Eheschliessung aber auf gegenwärtige Lebensgemeinschaft gerichtet ist.“ Mit anderen Worten: Es ist ein neuer Consens erforderlich, der nur nicht gerade ausdrücklich erklärt zu werden braucht. Ob man sich dies so vorstellen will, dass der alte Verlöbnißconsens sich in den neuen Consens verwandelt, oder aber, dass ein von jenem ganz unabhängiger neuer Consens entsteht, ist gleichgültig — so viel ist sicher, dass der Verlöbnißwille als solcher für die Eheschliessung unwesentlich ist. Ist es doch auch eine bekannte Thatsache, dass Verlöbnisse fehlen konnten;⁴ Sponsalien und Ehe werden streng unterschieden;⁵ erstere werden die *spes matrimonii* genannt.⁶ Wie sollten sie denn den Eheschliessungswillen in sich tragen können?

Scheurl giebt zu, dass Ehe und Verlöbniß scharf zu trennen gewesen seien, und erläutert dies damit, dass für den Ehebegriff wesentlich sei „*individua vitae consuetudo*“.⁷ Für den römischen Juristen, sollte ich meinen, seien aber seiner Zeit die *manus* und später die *dos* viel wesentlichere Unterscheidungsmerkmale gewesen. Die Citate § 14. J. de patr. pot. 1, 9 und l. 1 pr. D. de ritu nupt. 23, 2., l. 5. 66. D. de donat. inter vir. et uxor. 24, 1 beweisen, wie oben⁸ gezeigt, nichts.

Aus seinen Vordersätzen zieht Scheurl logisch die Consequenz:⁹ „und die Ehe ist als Rechtsverhältniss aufgelöst sobald die thatsächliche Lebensgemeinschaft kraft beiderseitigen oder einseitigen Willens aufgehoben ist.“¹⁰ Diese Consequenz ist aber un-

¹ Eheschl. S. 9. ² Eheschliessung. S. 2. ³ eod. S. 11.

⁴ Vgl. Scheurl, Eheschliessung. S. 40.

⁵ So unterscheidet l. 134 pr. D. de V. S. 45, 1 zwischen *futurum matrimonium* und *iam contractum*.

⁶ l. 6 D. de sponsal. 23, 1; l. 13 § 3 D. ad leg. Iul. de adult. 48, 5.

⁷ eod. S. 10. ⁸ S. 9. ⁹ Eheschliessung. S. 11.

¹⁰ Die von Scheurl angezogene l. 11 D. de divort. 24, 2 handelt von dem Verbote der Ehescheidung für die Freigelassene, welche in der Ehe mit dem Patrone lebte (vgl. Geschlechtsgemeinschaft. S. 6 Anm. 2).

richtig. Das thatsächliche Zusammenleben der Eheleute kann mit deren Willen aufgegeben werden und die Ehe bleibt doch bestehen.¹ Ehescheidung ist auch im römischen Rechte etwas anderes, als Aufhebung der Lebensgemeinschaft. Es ist somit die von Scheurl vertretene Ansicht überhaupt als unrichtig zu bezeichnen.

Zweiter Excurs.

Zum siebenten Capitel des zweiten Theiles.

Die abweichenden Ansichten über die Verlöbnißunterscheidung.

§ 31. Sohm.

Sohm's Ansicht über die Verlöbnißunterscheidung ist mit kurzen Worten diese: sponsalia de praesenti sind Verlöbniß im deutsch-rechtlichen Sinne und identisch mit sponsalia de futuro.

Dass die Sponsalienunterscheidung eine Wiederbelebung römisch-rechtlicher Grundsätze ist und mit dem deutschen Verlöbnißrechte nicht das Mindeste gemein hat, haben wir oben gezeigt. Nach Sohm's Darstellung gewinnt es den Anschein, als ob die gallicanische Doctrin ein eigenartiges Eheschliessungsrecht habe entwickeln wollen. Dies ist aber von ihr weder bezweckt noch ausgeführt worden. Sie hat lediglich mit den elementarsten Begriffen des römischen Rechtes operirt. Weshalb die Doctrin für diese einfachen Sätze zu jener sinnverwirrenden Terminologie gelangte, ist oben dargelegt worden. Aus ihr lässt sich daher nicht der mindeste Beweis entnehmen, dass auch die sponsalia de praesenti mit „Verlobung“ und daher mit desponsatio de futuro identisch gewesen seien.²

Ebensowenig folgt dieses Resultat aus den angezogenen Decretalen c. 2 X 4, 16, c. 13 X 2, 23, c. 14 X 4, 2. Die erste Stelle ist meines Erachtens von Sohm nicht richtig wiedergegeben worden.³ Es herrschte zwischen den Parteien — so erfahren wir — Streit darüber, ob desponsatio de praesenti oder de futuro vorlag; das letztere behauptete die Frau,⁴ und ihre Angabe: „quod inter ipsam — interceserat“ ist es, die Sohm in unmittelbare Verbindung mit der pars decisa gebracht hat.⁵ Die beiden von Sohm zusammengezogenen Sätze bilden aber geradezu einen Gegensatz. Auf der einen Seite steht die Behaup-

¹ S. oben S. 9. ² Eheschliessung S. 133.

³ Eheschliessung. S. 130, Trauung. S. 93. ⁴ Vgl. oben.

⁵ Eheschliessung. S. 130.

tung des Mannes, dass sponsalia de praesenti, also Ehe, vorliege, auf der anderen die der Frau, dass nur Verlöbniß vorhanden sei, und der Papst stellt sich bei seiner Instruction auf den Standpunkt der Frau.¹ Es folgt also aus dieser Entscheidung keineswegs, wie Sohm (Trauung S. 93) meint, dass der blossе Consens zwischen Braut und Bräutigam, d. h. die blossе Verlobung — und zwar ohne Unterschied, ob de praesenti oder de futuro — ausser Stande sei, die Rechtmässigkeit einer vollzogenen zweiten Verbindung zu verhindern, denn die Entscheidung des Papstes, dass die zweite Ehe gültig sei, ist an die Voraussetzung geknüpft, dass lediglich consensus de futuro, wie die Frau angab, vorliege. Damit sagt der Papst aber indirect, dass, wenn der vom Mann behauptete consensus de praesenti abgegeben sei, die zweite Ehe ungültig wäre. Die Stelle widerspricht also den übrigen Decretalen Alexanders III. durchaus nicht. Die Interpolation des Raymundus charakterisirt sich vielmehr als schärfere Präcisirung des in der Decretale ausgesprochenen Gedankens.

C. 13 X 2, 23 handelt von der Trennung (Annulatio) der unvollzogenen Ehe wegen affinitas illegitima. Die Worte „ad matrimonium impediendum“ bedeuten die Geltendmachung eines Ehehindernisses; „matrimonialiter non coniungantur“ bezieht sich darauf, dass die Herstellung der Geschlechtsgemeinschaft verhindert werden solle. Wenn man in der Stelle einen Gegensatz zwischen der desponsatio de praesenti und matrimonium herausfinden wollte, so ist matrimonium als vollzogene Ehe im Gegensatze zur unvollzogenen aufzufassen, ebenso wie Gratian zwischen sponsa und uxor unterschied.²

In c. 14 X 4, 2 wird ausdrücklich der Satz ausgesprochen, dass, sobald legitimus de praesenti consensus vorhanden sei, legitimum matrimonium vorliege.³ Wenn Sohm weiter ausführt, dass die sponsalia de praesenti deshalb wahre Verlobungen gewesen seien, weil sie ein blosses Versprechen der Ehe (nämlich der Trauung und der ehelichen Gemeinschaft) bedeutet, und dass sie deshalb nicht dem römischen Recht entsprochen hätten⁴ — so liegt hier dieselbe irrige Auffassung bezüglich der Wirkungen der thatsächlichen Gemeinschaft auf die Ehe zu Grunde, wie wir sie oben für das römische Recht bei Hasse und Scheurl kennen gelernt haben.⁵ Was dort für das römische Recht ge-

¹ „Inquiratis diligentius veritatem — iudicetis.“ Ich übersehe hierbei keineswegs, dass „de futuro“ von Raymundus eingeschoben ist; aber der Zusammenhang und die Aehnlichkeit der Ausdrücke (vgl. oben S. 125 Anm. 7) beweisen die Richtigkeit dieser Auslegung. ² Richtig: Friedberg, Verlobung. S. 43 ff.

³ Vgl. auch Friedberg, Verlobung. S. 44 ff. ⁴ Eheschl. S. 133.

⁵ Vgl. oben S. 134; vgl. auch § 32 gegen Scheurl.

sagt ist, gilt auch für das kanonische. Man wolle übrigens auch beachten, dass aus der Herstellung der Lebens- bzw. Geschlechtsgemeinschaft der *consensus de praesenti* präsumirt wird.

Schon die Consequenzen, welche Sohm selbst aus c. 16 X 4, 1¹ zieht, in welcher als Inhalt von *sponsalia de futuro* das Versprechen künftiger *sponsalia de praesenti* oder Ehe bezeichnet wird, zeigen das Unrichtige seiner Deductionen.

Hervorheben will ich weiter, dass die Päpste keineswegs — wie Sohm meint — in ihren Decretalen den gleichen Thatbestand bald als *sponsalia de futuro*, bald als *sponsalia de praesenti* behandeln.² C. 5 X 4, 4 bietet hierfür keinen Beleg.³ Zugegeben mag dagegen werden, dass die deutsche Sprache der „behenden grammatica“⁴ dieser Unterscheidung nicht zu folgen vermochte.⁵ Aber daraus ergibt sich meines Erachtens keineswegs, dass ein Gegensatz zwischen *sponsalia de futuro* und *de praesenti* im kirchlichen Rechte nicht existirte,⁶ sondern nur, dass derselbe für den „Pöfel“ schwer zu erkennen war. Uebrigens sind die Bemerkungen Sohm's über die Entstehung jener Terminologie sehr richtig,⁷ und es ist daher zu bedauern, dass er durch diesen Umstand nicht auf die richtige Beurtheilung jener Termini hingeleitet worden ist.

Die weiteren Ausführungen Sohm's sind ebenfalls nicht zutreffend. Was die *desponsatio impuberum* anlangt,⁸ so vgl. Friedberg, Verlobung S. 50, Scheurl, Eheschliessung S. 101. Betreffs der bedingten *desponsatio* und insbesondere c. 5 X 4, 5,⁹ vgl. oben S. 132.

Die Analogie der Gelübdedistinction, welche Sohm weiter anzieht,⁸ liefert meines Erachtens für seine Behauptungen ebenfalls keinen Beweis. Huguccio und seine Anhänger unterschieden nämlich nicht, wie die herrschende Lehre, zwischen *votum solenne* und *simplex*, sondern zwischen eigentlichen und uneigentlichen Gelübden, zwischen *votum de praesenti* (das Gelübde) und *votum de futuro* (das Versprechen ein Gelübde ablegen zu wollen). Es war dies eine normale Distinction zwecks Interpretation scheinbar widersprechender Quellen, in denen nämlich das *votum* zum Theil als Ehehinderniss,

¹ Eheschl. S. 133. 134.

² Sohm, Eheschl. S. 135.

³ Die Anfangsworte *citra carnis copulam desponsasset* bedeuten, dass *desponsatio de praesenti*, aber noch nicht *copula* erfolgt war.

⁴ Luther, Von Ehesachen. Vgl. Luthers Werke. Erlang. Ausg. 23, 102. 103.

⁵ Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 4. S. 25 Anm. 6.

⁶ Sohm, Eheschliessung. S. 128 oben. 136. 137.

⁷ Eheschl. S. 140.

⁸ Eheschl. S. 140 ff.

⁹ Trauung. S. 93 ff.

zum Theil nicht als solches bezeichnet wurde.¹ Die verba de futuro Huguccios, meint Sohm, waren in Wirklichkeit nichts Anderes als vota de praesenti. Dies ist unzutreffend. Huguccio unterscheidet ja ausdrücklich zwei Arten von Gelübden, von denen das votum de futuro kein eigentliches Gelübde und daher kein Ehehinderniss sei, er verleiht zwei verschiedenen Thatbeständen einen ähnlichen Namen; das Neue seiner Distinction ist nur die Terminologie; denn, was er votum de praesenti nennt, nannten die Anderen votum schlechthin, und was er als votum de futuro bezeichnet, betrachten die Anderen als promissio voti faciendi. Inhaltlich waren die Begriffe identisch: nur das votum de praesenti oder votum war ein Gelübde, das votum de futuro dagegen nach Huguccio selbst eine promissio vel propositum animi de faciendo voto in futuro. Der Zusammenhang dieser Distinction mit der Sponsaliendistinction ist unverkennbar; ja man kann ohne die mindesten Bedenken behaupten, dass wir es hier mit einer Ausdehnung der französischen Distinction auf einen neuen Fall zu thun haben.² Ein Rückschluss auf diese Distinction ist daher wohl zulässig. Auch bei ihr

¹ Thaner, Zwei anonyme Glossen zur Summa Stephani Tornacensis, Wiener Sitzungsberichte 79, 216 f. Glosse A: (1191—1198): Solemne votum et impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum ... Simplex votum impedit matrimonium contrahendum, sed non dirimit contractum. In hac opinione fuit Gratianus, Rufinus, Johannes, Alexander III. et Bazianus. Ugucio vero praemissam distinctionem sub sensu assignato non recepit ... Dicit enim Uguicio praecise, quod omne votum perpetuae continenciae et solum impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum ... Hoc autem verum est si votum continentiae teneatur proprie. Accipitur enim quandoque improprie quandoque proprie. Proprie, si quis voveat quod de cetero servabit perpetuam continenciam, improprie, cum quis promittit, quod post annum vovebit perpetuam continenciam ... et huiusmodi dicitur votum improprie i. e. promissio vel propositum animi de faciendo voto in futuro ... Alii eundem sensum exprimunt sub hac distinctione sed aliis verbis dicentes: Votum aliud de praesenti, aliud de futuro. Per votum de praesenti vovetur continencia in praesenti, per votum de futuro promittitur, quod in futuro vovebitur continencia. — Das Charakteristische einer Distinction, ihr Quellen-Interpretations-Zweck, tritt bei den folgenden Worten klar hervor: ... Omnia ergo capitula huius quaest. (C. 27 q. 1) a principio usque ad cap. Nuptiarum (c. 41) intelliguntur de voto de praesenti; exinde usque ad finem qu. de voto de futuro. Hac distinctione utitur Uguicius et sequaces eius. Alexander vero III. et fere tota ecclesia utitur praedicta distinctione, quae et de voto solemni et simplici, et quidem Alexander ponit eam in decretalibus: Qui clerici vel voventes etc. in cap. Consuluit. Sed Uguicio respondet, quod non loquitur ut papa, sed ut magister; vel dicit, quod ipse vocat votum simplex votum de futuro, votum solemne votum de praesenti. — Diese Bedeutung der Gelübdeunterscheidung wird übrigens von Petrus Blesensis ausdrücklich betont (Speculum iudiciale c. 1 § 5. ed. cit. S. 11).

² Vgl. Trauung. S 102 oben. Einen anderen Fall haben wir bereits oben constatirt. Einen weiteren Anwendungsfall liefert c. 4 X de transl. episc. 1, 7.

finden wir eine gleiche Bezeichnung für verschiedene Thatbestände, nämlich das Wort *desponsatio*; nicht aber, wie Sohm meint, einen Thatbestand mit verschiedenen rechtlichen Grundsätzen.¹ Ganz richtig sagt Sohm: „Es giebt nur eine Art von Verlobung: das Versprechen der Ehe.“² Ebenso giebt es nach Huguccio nur ein *votum*, welches eigentlich ein Gelübde ist; das andere wird nämlich nur uneigentlich so genannt. Dasselbe ist aber auch bei der Verlöbnißsdistinction der Fall. Beide Distinctionen stimmen also insofern überein und dienen zur gegenseitigen Erklärung. Man muss jedoch dabei im Auge behalten, dass bei den *vota* das *votum de praesenti* das eigentliche, bei den *desponsationes* dagegen die *desponsatio de futuro* die eigentliche *desponsatio* ist. Nach dem, was wir oben bei Hugo, Lombardus, wie bei der späteren Doctrin (§ 28) ausgeführt haben, kann dies für die *desponsationes* keinem Zweifel unterliegen, und für die *vota* wird es von Huguccio selbst behauptet.

Sohm kommt dagegen, indem er den irrigen Satz, dass die *vota de futuro* Huguccio's in Wirklichkeit nichts anderes waren als *vota de praesenti*,³ analog auf die *desponsationes* anwendet⁴ zu dem Endresultate:⁵ „Was als *sponsalia de praesenti* und *de futuro* behandelt wurde, war das gleiche Rechtsgeschäft, nicht durch seinen Inhalt (*essentialia negotii*), sondern nur durch „Worte“ unterschieden.“ Wir sagen vielmehr: „Was als *sponsalia de praesenti* und *de futuro* behandelt wurde, waren verschiedene Rechtsgeschäfte, sowohl durch ihren Inhalt als auch durch die Worte (Form) unterschieden, nur durch die ähnliche Bezeichnung — einer Distinction wegen — zusammengefasst.“

Der von Sohm weiter für seine Ansicht citirte Beschluss der syn. Varmiensis a. 1497 c. 12⁶ beweist nichts. Denn dass Ehe durch *vota de praesenti* oder *de futuro* mit hinzugetretener carnalis copula entsteht, ist nach dem Vorstehenden ganz natürlich. Die Worte carnali copula secuta gehören zweifellos ausschliesslich zu „*vel futuro*“. Solche Wendungen sind den Quellen nicht ungeläufig, vgl. z. B. Innocenz III. in c. 12 X 4, 17.⁷ Zu dieser Stelle lautet eine abweichende Lesart anstatt: *sive per verba de futuro, carnali copula subsecuta*, — *sive de futuro, ut per sequentem carnis copulam matrimonium inter eos fuerit celebratum*.⁸ Da hier das „*ut*“ zweifellos einen Folgesatz einleitet, so finden wir hierdurch unser abweichendes Resultat deutlich

¹ Eheschl. S. 137.² Trauung S. 105 unten.³ Trauung S. 105.⁴ Vgl. die Consequenzen Trauung S. 106: *sponsalia de futuro* keine Verlobungen etc.⁵ Trauung S. 109.⁶ Eheschliessung S. 143 Anm. 69.⁷ Vgl. auch S. 136.⁸ ed. Friedberg, Anm. 30.

bestätigt. Auch geht schon aus dieser Thatsache allein hervor, dass bei sponsalia de futuro mit hinzugetretener copula die Ehe nicht „als schon damals durch Abschluss der sponsalia de futuro geschlossen“ gilt,¹ sondern dass erst mit dem in der copula ausgedrückten Consense die Ehe beginnt. Die desponsatio legalis des römischen Rechtes ist daher im classischen kanonischen Recht recipirt² oder, besser gesagt, beibehalten worden; nicht jedes Verlöbniß bildet eine initiatio coniugii,³ sondern bloss die desponsatio Gratian's, die desponsatio de praesenti des Lombardus, oder, was dasselbe bedeutet, der auf gegenwärtige Eheschliessung gerichtete Consens.

Ganz unrichtig ist — wie ich soeben schon andeutete — die Bedeutung der copula in ihrer Beziehung zu sponsalia de futuro beurtheilt. Sohm deducirt folgendermaassen: Nach Abschluss von sponsalia de futuro bedürfe es nur noch der copula carnalis, um eine vollwirksame Ehe herzustellen, nicht mehr also eines weiteren Eheschliessungswillens; sponsalia de futuro enthielten die Eheschliessung bereits selber in sich; die an die copula carnalis geknüpfte Präsumption sei eine solche iuris et de iure; die copula wirke also nicht kraft des mit ihr verbundenen Willens, denn dieser sei rechtlich gleichgültig, sondern lediglich als copula, d. h. die copula wirke nicht als Eheschliessung, sondern lediglich als Ehevollzug. Bei diesen Sätzen ist mir nicht klar geworden, was denn eigentlich aus der copula präsumirt wird. Nach Sohm ist sie lediglich Vollzug der schon durch die sponsalia de futuro geschlossenen Ehe, d. h. also der Inhalt der aus der copula entnommenen Rechtsvermuthung ist die Geschlechtsgemeinschaft, oder mit anderen Worten, aus der copula wird überhaupt kein Schluss gezogen; was dann aber das copula praesumptum matrimonium bedeuten soll, leuchtet nicht ein. Hierbei trägt es nichts aus, wenn man als Inhalt der praesumptio iuris et de iure die Anweisung an den Richter, von dem Nichtvorhandensein einer Thatsache abzusehen, betrachtet.⁴ Sohm bemerkt nämlich: „Wenn die päpstlichen Decretalen den Eheschliessungswillen bei der auf sponsalia de futuro folgenden copula präsumiren, d. h. (unter Ausschluss des Gegenbeweises) fingiren, so sagen sie, juristisch ausgedrückt, nicht, dass bei der copula in solchem Fall der Eheschliessungswille als vorhanden vermuthet werden solle, sondern dass der Richter von dem Mangel des Eheschliessungswillens absehen soll.“ Mit diesem Satze setzt sich Sohm selbst zu seiner früheren Behauptung, dass die sponsalia de futuro schon den Eheschliessungswillen enthalten,

¹ So Sohm, Eheschliessung S. 144.

² A. A. Sohm, Eheschl. S. 144.

³ So Sohm, Eheschl. S. 145.

⁴ Trauung S. 97.

in Widerspruch; wenn ein solcher Consens schon vorliegt, weshalb bedarf es dann noch einer Fiction, wonach der Richter von dem Nichtvorhandensein des Eheschliessungswillens absehen soll? Geht vielmehr nicht hieraus allein das Unrichtige des zu beweisenden Satzes, dass sponsalia de futuro Eheschliessung und daher dasselbe Rechtsgeschäft wie sponsalia de praesenti seien, hervor? Nach dieser Ansicht müsste doch auch bei den letzteren in der copula eine Fiction liegen, kraft welcher von dem Nichtvorhandensein des (bereits vorhandenen) Consenses abgesehen werden solle. Die Quellen reden deshalb von einer solchen aus der copula zu entnehmenden Vermuthung nur bei sponsalia de futuro, denn nur hier konnte von dem Nichtvorhandensein des Eheschliessungswillens abgesehen werden, weil hier eben ein solcher Wille noch nicht kundgegeben war.

Die Ansichten Sohm's über die Sponsalienunterscheidung werden getheilt von Wyss¹ und Salis.²

§ 32. Scheurl. Dieckhoff.

I. Scheurl erblickt in der Verlöbnißunterscheidung eine Neugestaltung des Begriffes „Verlobung“. Dieselbe bestand in der Aufstellung eines generellen Begriffes Verlobung, welcher zwei Unterarten umfasste. Wahre Verlobungen, meint Scheurl, waren beiderlei sponsalia, auch die sponsalia de praesenti insofern, als sie immer die eheliche Gemeinschaft als Thatsache nicht unmittelbar herbeiführen sollten. Darin beruhte das Gemeinsame beider Verlobungen und daher der Begriff „Verlobung“ für beide; ihr Unterschied bestand darin, dass in den sponsalia de futuro die Ehe als Rechtsverhältniss nur versprochen, in den sponsalia de praesenti dagegen wirklich gestiftet wurde.³ Der Begriff sponsalia de futuro ist aber nach Scheurl ein keineswegs einfacher, sie sind „wahre Verlobungen, d. h. nicht blosse pacta de contrahendo matrimonio, sondern Geschäfte, welche die selbständige rechtliche Wirksamkeit der Hervorbringung eines gegenwärtigen persönlichen Rechtsverhältnisses von sehr bindender Kraft haben sollten.“⁴

Scheurl hat sich durch die Terminlogie verwirren lassen. Die

¹ Die Eheschliessung in ihrer geschichtlichen Entwicklung nach dem schweizerischen Rechte, in Zeitschr. für schweizerisches Recht. 20, 105. 107.

² Beiträge zur Geschichte des persönlichen Eherechtes in Graubünden. Basel 1886. S. 32. 33. ³ Eheschl. S. 87.

⁴ Wenn Scheurl ebenda fortfährt: „Das ergibt sich daraus, dass sie so gewöhnlich eidlich bekräftigt, und Urkunden darüber aufgenommen wurden“, so ist mir dies unverständlich; denn man pflegt doch nur etwas zu sichern und zu bestärken, was der Bestärkung bedarf.

ähnlichen Bezeichnungen sind ohne jede principielle Bedeutung. Die Betonung der thatsächlichen Gemeinschaft ist ganz unbegründet. Ob diese unmittelbar nach der Consensabgabe erfolgt, und also auch bei der Consensabgabe bezweckt wird, oder ob die Eheleute die Absicht haben, nie eine Lebensgemeinschaft eintreten zu lassen, ist nach dem damaligen Rechte für die hier in Betracht kommende Frage ebenso gleichgültig gewesen,¹ wie es nach dem heutigen der Fall ist. Wir können daher auch Sätzen, wie „Es wird ihr — nämlich der *desponsatio de praesenti* — vielmehr die Kraft beigelegt, sofort auch die positive Wirkung der Ehe, die eheliche Gemeinschaft zu erzeugen, nur eben als reines Rechtsverhältniss, nicht so, dass sie auch unmittelbar in die thatsächliche eheliche Lebensgemeinschaft einführen solle“,² nicht billigen. So schwierige Begriffsgestaltungen waren nicht Sache der damaligen Doctrin und Praxis. Man vergegenwärtige sich auch die Consequenzen so subtiler Unterscheidungen für das tägliche Leben. Der Eheconsens der Parteien ging und geht darauf, gegenwärtig die Ehe herzustellen. Die Wirkung des Consenses ist natürlich die Herbeiführung der Ehe als Rechtsverhältniss; denn die thatsächliche Lebensgemeinschaft ist eine von dem Eheconsense an und für sich unabhängige Thatsache; warum nicht aber auch der *consensus de praesenti* auf ihre Herstellung in der Gegenwart oder, besser gesagt, in der allernächsten Zukunft gegangen sein soll, ist unerfindlich. Nur auf diese Weise erklärt sich die *praesumptio iuris et de iure* der ehelichen Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft.³ Unter bestimmten Voraussetzungen wird also die Ehe nicht durch ausdrückliche Worte geschlossen, obwohl dieses die normale Eheschliessungsform ist; dies, nicht dagegen bloss — wie Scheurl meint —, dass die *desponsatio de praesenti* hinreichend sei,⁴ wollen die Quellen mit dem Satze besagen, dass die *desponsatio de praesenti* die Ehe bewirke.

Scheurl hätte sich aus den von ihm citirten Mittheilungen Frensdorff's aus dem Augsburger Urtheilsbuche überzeugen können, dass die Lebensgemeinschaft als Thatsache zur Entstehung der Ehe ganz unwesentlich ist. Scheurl's genereller Begriff Verlobung ist demnach als ein zutreffender nicht zu bezeichnen; er ist in den Quellen nicht begründet. Die Verlobniissunterscheidung ist römisches Recht mit neuen Ausdrücken. Dieselbe hat also nicht, wie Scheurl meint,⁵ den Gegen-

¹ Wie hätte sonst überhaupt die Frage, welche Beweismittel für den ehelichen Consens geeigneter seien (Zeugen oder Urkunden), auftauchen können? Vgl. Tancred, ord. iud. p. 3 tit. 12 § 6 (S. 255); Gratia, iud. ord. p. 2 tit. 8 (S. 375).

² Eheschl. S. 93.

³ Eheschl. S. 91.

⁴ Eheschl. S. 93.

⁵ Eheschl. S. 89.

satz zwischen Verlobung und Eheschliessung aufgehoben, sondern denselben ausdrücklich aufrecht erhalten.

II. Scheurl stellt zwar in einer in Zeitschrift 15, 65 ff. abgedruckten Abhandlung die Ansicht, dass die sponsalia de praesenti dem Eheconsense des römischen Rechts entsprächen,¹ als eine vollkommen aufgegebene hin, aber schon Bierling² hat meines Erachtens in zutreffender Weise diese Behauptung zurückgewiesen, und die einzelnen Argumente Scheurl's widerlegt. Es erübrigt daher nur noch, auf die letzte Publication Scheurl's über die Sponsalienunterscheidung,³ welche eigenartige Ausführungen bringt,⁴ näher einzugehen.

Wie konnte man — ruft hier Scheurl aus — sponsalia de futuro und de praesenti als zwei Arten von Verlobung bezeichnen? „Es wäre das unmöglich gewesen, wenn man an dem Begriff der Verlobung festgehalten hätte, dass sie gegenseitiges Versprechen künftiger Eheschliessung sei. Man musste den Begriff der Verlobung anders fassen, und offenbar hat man ihn so gefasst, dass Verlobung das Gelöbniß sei, einander Treue zu halten.“ Aus diesen Erwägungen ergibt sich für Scheurl als Resultat: „Der wahre Unterschied zwischen sponsalia de futuro und de praesenti ist hiernach der: Durch jene wird gegenwärtige Verlöbnißstreue und künftige eheliche Treue, durch sponsalia (sc. de praesenti) wird gegenwärtige eheliche Treue versprochen und es wird dadurch das Eheband (vinculum matrimonii) geknüpft.“⁵

Diese scharfsinnigen Ausführungen sind, wie sich aus unserer Darstellung ergibt, unzutreffend; sie sind durch die Terminologie der Distinction veranlasst, welcher Scheurl irriger Weise eine selbständige Bedeutung beigelegt hat.

Die Consequenzen, welche Scheurl aus seinen Ansichten zieht, z. B. die Ausführungen über die bedingten sponsalia de praesenti,⁶ können natürlich ebensowenig unsere Billigung finden, wie das Princip selbst.

III. Dieckhoff. Auch die Ausführungen Dieckhoff's krankten an der Auffassung, dass in der Sponsalienunterscheidung ein neues Eheschliessungsrecht zu erblicken sei.

¹ Vgl. auch Scheurl, Sammlung kirchenrechtlicher Abhandlungen. Erlangen 1873. S. 563. 564.

² Zeitschr. 16, 288 ff. II. Richtig sind besonders die Bemerkungen über den Inhalt des Eheschliessungswillens (S. 307. 308. 312). — Nicht ganz zutreffend dagegen die Ausführungen über die Geschichte der Terminologie; a. a. O. S. 313. 314.

³ Das gemeine deutsche Eherecht. Erlangen 1882. S. 39 ff.

⁴ Vgl. Eherecht S. 38 Anm. 1.

⁵ Eherecht S. 49.

⁶ Zeitschr. 14, 281 ff.

Die Unterscheidung des Lombardus beruhe auf der Ansicht von der eheschliessenden Bedeutung des Verlöbnisses, welche unter biblischem Einflusse in der alten Kirche entstanden wäre und im Gegensatze zum römischen Sponsalienrecht stehe. Die Distinction falle daher nicht zusammen mit dem Unterschiede vom consensus sponsalicius und nuptialis nach römischem Rechte;¹ die nach Gottes Gesetz unauflösliche Ehe entstehe bereits durch Verlöbniß,² aber nicht durch sponsalia de futuro, sondern de praesenti, der consensus de praesenti des mittelalterlichen Rechts sei Verlöbniß mit ehebegründender Kraft.³

Es ist dies dieselbe Ueberschätzung der wissenschaftlichen Methode des Lombardus, wie wir sie oben bezüglich Gratian's zu constatiren Gelegenheit hatten. Alle die bunt zusammengewürfelten Stellen, welche von desponsatio sprechen, sollten keineswegs Beweise für eine Eheschliessungslehre erbringen, sondern vielmehr für die Unauflösbarkeit bezw. Auflösbarkeit der Ehe. Das zu Grunde liegende Eheschliessungsrecht ist das römische. Von Unauflöslichkeit des Verlöbnisses ist bei Lombardus keine Rede. Nicht weil mit dem Consense die Ehe beginnt, liegt Unauflöslichkeit vor, sondern weil mit dem Consense zugleich die wichtigste Seite des Sacraments vorliegt. Zum Beweise kann ich mich wohl auf die obige Darstellung berufen.

§ 33. Freisen und Meurer.

I. Die Freisen'schen Ausführungen, die zweifellos das Gründlichste und Gediegenste sind, was neuerdings von katholischen Gelehrten über Eheschliessung geleistet worden ist, lassen sich am besten — nachdem wir oben an einzelnen Puncten specielle Ausstellungen gemacht haben — aus dem von ihm „Nachträge und Gesamtergebniss“ betitelten Abschnitte seiner Abhandlung⁴ beurtheilen.

Nach Freisen ist zwar der Begriff sponsalia de futuro aus dem römischen Rechte entlehnt, aber mit abweichender Bedeutung, da kirchliche und römische Eheschliessung nicht identisch sei. Kanonische Eheschliessung geschehe nicht allein durch die Abgabe des consensus de praesenti, sondern auch durch das Hinzutreten der copula: daher sei der

¹ A. a. O. S. 133.

² A. a. O. S. 85.

³ A. a. O. S. 134. 95. 135; Civilehe und kirchl. Trauung. Rostock 1880. S. 22. Richtig müsste dieser Satz so lauten: Der consensus de praesenti, welcher wie im römischen Rechte ehebegründende Kraft hat, wird im mittelalterlichen Rechte auch „Verlöbniß“ genannt.

⁴ Archiv. 54, 361 ff. — Meurer hat sich in seiner selbständigen Untersuchung (Zeitschr. 21, 232 ff.) für die Ansicht Freisen's erklärt. Dieselbe ist angenommen worden von Lämmer, Instit. des kathol. Kirchenrechtes. Freiburg 1886. S. 368 Anm. 1, zum Theil von Ficker, a. a. O. 2. Ergänzungsbd. S. 72 Anm.

Ausdruck sponsalia de praesenti richtig angewendet; auch sie seien Verlobungen, denn in ihnen werde der letzte Act der Eheschliessung, der Beischlaf, versprochen, wogegen in den sponsalia de futuro der consensus de praesenti und der Beischlaf versprochen werde.

Zunächst will ich die Bemerkungen Freisen's über die Entstehung dieser Eheschliessungslehre referiren.

Zu dieser (vorhin dargestellten) doppelten Art von Verlöbnissen sei die römische Kirche selbständig gekommen,¹ dies bewaise die Decretale Innocenz' II. in Compil. I c. 10 4, 1, wo an ein Bekanntsein der sententiae des Lombardus noch nicht gedacht werden könne. Dieser Schluss ist insofern nicht ganz zutreffend, als sich die Distinction bereits bei Hugo von St. Victor (+ 1141) findet. Aber wenn der Papst diese Lehre nicht gekannt hätte, so ist doch folgendes zu bemerken: direct wird in der Stelle nichts von zwei desponsationes gesagt, und wenn sie an die französische Distinction erinnert, so thut sie dies deshalb, weil auch das der französischen Distinction zu Grunde liegende Eheschliessungsrecht lediglich der einfache Grundsatz von der Kraft des Consensus ist. Dieser Grundsatz ist ja auch in der Decretale deutlich ausgesprochen:

„legitimo consensu interveniente ex eo statim coniux sit, quo spontanea concessione sese coniugem esse asserit.“

Die Sponsalienunterscheidung der französischen Kirche habe — meint Freisen — Lombardus als eine bisher ganz unbekannte Lehre erfunden.² Ganz abgesehen davon, dass es anstatt Lombardus Hugo von St. Victor heissen muss, so ergibt sich, dass auch Freisen den wahren Sinn der Sponsaliendistinction nicht erkannt hat, trotzdem er mehrfach³ hierzu einen richtigen Anlauf nimmt. Auch bei Hugo und Lombardus handelt es sich ebenso wenig wie bei Gratian um Begründung einer neuen Theorie über das Verhältniss von Verlobung und Eheschliessung, oder über den Act der Eheschliessung überhaupt, sondern lediglich um die Frage nach der Wirkung der copula auf das Entstehen der sacramentalen Ehe, nicht der Ehe überhaupt. Dies ist der Cardinalpunct: Nach Gratian ist die copula erforderlich zum Sacrament d. h. zur Unauflöslichkeit, nach Hugo und Lombardus nicht; daher die verschiedenen Distinctionen derselben Quellenbelege.

Die ehewirkende Kraft des Consensus ist bei beiden Fundamentalsatz. Alexander III. recipirte die Sponsaliendistinction als wissenschaftliche Theorie zur Begründung der Unauflöslichkeit der Ehe in einem bestimmten Falle, nicht dagegen als neue Eheschliessungslehre.⁴

¹ Archiv. 54, 364.

² Archiv. 54, 364.

³ Archiv. 54, 367.

⁴ Beweis: oben.

Indem er aber weiterhin eine Consequenz der Gratian'schen Sacramentslehre beibehielt, kann man sehr wohl von einer Vereinigung beider Distinctionen, die ja nach der Summa Coloniensis als Lehrmeinungen zweier Kirchen hingestellt werden, reden;¹ nur muss man nicht von einem Compromiss zwischen zwei Eheschliessungstheorien sprechen wollen. Denn solche lagen gar nicht vor. In der transalpinischen Kirche war von einer die Ehe bewirkenden Kraft der copula nie die Rede gewesen, sondern nur von einer die Sacramentalität und volle Unauflöslichkeit schaffenden. Freisen ist bekanntlich anderer Ansicht und daraus erklärt sich auch der Satz: „Diese Unterscheidung einer doppelten Art von Verlobung wurde somit in das kirchliche Eheschliessungsrecht eingefügt, ohne die alte Anschauung von der eheschliessenden Kraft des Beischlafs damit aufzugeben.“

Eine Bestätigung dieser letzteren Thatsache findet Freisen darin, dass sponsalia de futuro mit hinzugetretener copula als Ehe betrachtet werden. Wir haben oben ausführlich nachgewiesen, in welcher Bedeutung copula hier zu fassen ist. In gewissem Sinne² richtig bemerkt Freisen (S. 368): „Mit den Reformen Alexander's III. hat die Kirche keineswegs ein neues Eheschliessungsrecht erhalten, wie die Neueren allgemein annehmen“, fährt aber dann unrichtig fort: „Dieses wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Kirche die Lehre des Petrus Lombardus recipirt hätte.“ Denn wie mehrfach erwähnt und dargelegt, bestand das Eheschliessungsrecht des Lombardus einzig und allein in dem Satze, dass der Consens die Ehe bewirke.

II. Ebensowenig wie früher, ist auch noch heute die copula begrifflich zur Eheschliessung erforderlich.³ Freisen sucht das Gegentheil aus folgenden Sätzen zu beweisen: Die christliche Ehe ist unlöslich, durch göttliches Gesetz, von welchem es keine Ausnahme giebt. Die causa efficiens matrimonii ist stets mit dem Wesen der Ehe gegeben. Unvollständige Eheschliessung ist ein Widerspruch in sich selbst. Eheschliessung ist das, was die Ehe vollständig in das Dasein ruft, und da zur Ehe nach stets vertheidigtem kirchlichen Grundsatz die Unauflöslichkeit gehört, diese aber erst nach dem Beischlafe eintritt, so kann der consensus allein nicht Eheschliessung sein, sondern es muss zu dem consensus de praesenti der Beischlaf hinzutreten. Die Wissenschaft stellt folgende drei Sätze zusammen: die Ehe ist unauflöslich, und zwar ex iure naturae, die nicht consummirte wird aufgelöst durch Ordensproffess

¹ A. A. Freisen, Archiv. 54, 364. Anm. 1.

² Das Nähere vgl. oben S. 123.

³ Obwohl dieser Punct streng genommen nicht zu unserer Aufgabe gehört, so hängt er doch andererseits mit unseren Ausführungen eng zusammen und so möge er denn hier seine Besprechung finden.

und päpstlichen Dispens, und geschlossen allein durch consensus. Alle drei Sätze können nicht nebeneinander existiren. Da die beiden ersten aber unerschütterlich feststehen,¹ so kann nur der dritte hinfällig sein. Da aber weiterhin Freisen die Bedeutung des Consensus nicht ganz wegläugnen kann, so entsteht ein eigenartiges Verhältniss zwischen consensus und copula.²

Noch schärfer formulirt Meurer: Nach katholischem Kirchenrechte ist jede christliche Ehe ein Sacrament und dogmatisch unlöslich.³ Folglich ist die Ehe da, wenn sie dogmatisch unlösbar vorhanden ist; sie kann also nicht durch Consens entstehen, denn die nicht consummirte Ehe ist noch löslich. Also wird die christliche Ehe durch die Consensabgabe nur angefangen, dagegen erst rechtlich existent durch die copula. Vor der Fertigstellung haben wir nicht bloss kein Ehesacrament, sondern auch keine Ehe.⁴ Es besteht also vor der copula kein coniugium, sondern nur ein quasi-coniugium.

Gehen wir auf diese Ansichten näher ein, so muss zunächst allerdings zugegeben werden, dass ein Widerspruch im katholischen Ehrechte vorhanden ist: die Unauflösbarkeit auch der unvollzogenen Ehe wird behauptet und dennoch in zwei Fällen deren Trennbarkeit ausgesprochen. So mag denn vielleicht Manchem der von Freisen und Meurer vorgeschlagene Ausweg⁵ plausibel erscheinen, richtig ist er nicht.

Der Widerspruch ist nur im Lichte der Geschichte zu verstehen,

¹ Archiv. 54, 376.

² „Will man somit nach der vorstehenden Untersuchung das Wesen der kirchlichen Eheschliessung in kurze Worte fassen, so darf man nicht sagen: consensus und copula schliesst die Ehe: denn sonst müsste auch der vorhergehende Beischlaf mit nachfolgendem consensus genügen, was in c. 2 Comp. III (4, 1) ausdrücklich geleugnet wird. Ebenso darf man nicht sagen, der Beischlaf allein schliesst die Ehe; denn sonst würde jede fornicatio Eheschliessung sein; andererseits darf man nicht sagen, der consensus allein schliesst die Ehe, da ja dann die Ehe unauflöslich wäre. Man muss vielmehr dahin formuliren; der mit affectio maritalis (= consensus de praesenti) stattfindende Beischlaf schliesst die Ehe, der consensus ist die nothwendige Bedingung (conditio sine qua non) dafür, dass der Beischlaf die Ehe schliesst.“
³ A. a. O. S. 243. ⁴ A. a. O. S. 255.

⁵ Sätze, wie z. B. bei Freisen, Archiv. 54, 372: „Nennt man das noch nicht consummirte Verhältniss eine Ehe im eigentlichen Sinne, und ist es durch Ordensprofess und durch päpstliche Dispensation auflösbar, so ist der Satz falsch, dass die Ehe ex iure divino unauflöslich sei. Hält man aber daran fest, dass die Ehe kraft göttlichen Gebotes unauflöslich sei, so ist das noch nicht consummirte Verhältniss keine Ehe, sondern die eigentliche Ehe ist das matrimonium consummatum. ... Mag man das durch sponsalia de praesenti geschlossene Verhältniss Ehe nennen, so kann man das nur im uneigentlichen Sinne thun. Die eigentliche Ehe ist und bleibt das matrimonium consummatum“ — zeigen nur zu deutlich das Bestreben, die beiden Glaubenssätze in Einklang zu bringen.

nicht aber durch Rückschlüsse aus dem Tridentinum — wie Meurer versucht — zu erklären. Man möge hier einige Wiederholungen gestatten. Nach katholischer Lehre hat Christus die bis dahin nach natürlichem Rechte unauflösbare Ehe zum Sacrament erhoben. Dies ist katholischer Glaubenssatz. Ebenso ist es aber von der Wissenschaft anerkannt, dass die älteste Kirche für das Zustandekommen weder der Ehe noch des Sacraments die *copula* verlangt hat. Die Päpste haben bis nach Alexander III. wegen Impotenz eine Ehetrennung nicht zugelassen. Die durch Consens entstandene Ehe galt als unlöslich. Dieser Satz war aber nicht überall zur Geltung zu bringen. So mussten im Frankenreiche verschiedene Ehescheidungsgründe, z. B. die Impotenz zugelassen werden. Neben dieser Entwicklung geht gleichzeitig die Ausbildung der Sacramentslehre auf Grund der missverstandenen Leo-Stelle einher. Jetzt unterscheidet man zwischen Eheschliessung und Unauflösbarkeit. Letztere wird als Wirkung des Sacraments hingestellt, welches seinerseits durch die *copula* zu Stande kommt. Damit wird der Satz von der Ehescheidung wegen Impotenz begründet, und der Ehescheidungsgrund zum Ehehindernisse gestempelt.¹

Hinemar von Rheims hielt noch Sacrament (Unauflöslichkeit) und Eheschliessung zusammen; deshalb war bei ihm auch keine Ehe ohne *copula* vorhanden. Diese Theorie vermochte aber gegenüber einer zwischen ihr und der Ansicht der Päpste vermittelnden Richtung, wonach die Ehe zwar durch Consens zu Stande kam, aber sacramental, unauflöslich erst durch die *copula* wurde, und wodurch sowohl die Ehescheidung wegen Impotenz gerechtfertigt, als auch den römisch-kirchlichen Anschauungen scheinbar Genüge gethan wurde,² nicht das Feld zu behaupten. So entwickelte sich die Trennung der Unauflöslichkeit von dem eigentlichen Eheschlusse, und damit im Zusammenhange der Satz von der Auflöslichkeit der unvollzogenen Ehe, z. B. durch eine vollzogene Verbindung. Namentlich wegen dieser letzteren Consequenz wird jene Lehre von Hugo und Lombardus bekämpft; sie wird von ihnen an ihrer Wurzel angegriffen, indem die Sacramentseigenschaft und damit die Unauflöslichkeit wieder an die eigentliche Eheschliessung, an den Eheconsens geknüpft wird. Hugo und Lombardus wollten wieder Ehe und Unauflösbarkeit identificiren. Deshalb erfanden sie die neue Lehre von der sacramentalen Kraft des Consenses. Gratian und die ihm nachfolgende *ecclesia transalpina* hielten aber an der bekämpften Ansicht fest. Von dem Satze, dass die Ehe *ex iure naturae* unauflöslich sei, findet sich in den Quellen nicht die geringste Spur; die Un-

¹ Vgl. Sehling, Geschlechtsgem. S. 25 ff. S. 33 ff.

² Vgl. oben S. 53.

auflöslichkeit wird stets bloss als eine Folge des Sacraments bezeichnet. Deshalb erfinden ja auch die beiden Scholastiker die neue Sacramentslehre, um die Unauflösbarkeit der unvollzogenen Ehe zu beweisen. Wäre ihnen der Satz von der Unauflöslichkeit der Ehe kraft natürlichen — oder wenn man will, göttlichen — Rechtes irgendwie noch in den Sinn gekommen oder eventuell beweiskräftig erschienen, sie hätten ihn zweifellos benutzt und nicht eine neue Theorie gesucht.

Sollte dies überhaupt nach dem oben Vorgetragenen noch einem Zweifel unterliegen können, so braucht bloss auf die Thatsache hingewiesen zu werden, dass sich die volle Unauflösbarkeit der Ehe, selbst durch Ordensprophess, nur dort vorfindet, wo die neue Sacramentslehre angenommen ist.¹ Wenn von den Gratian'schen Auflösungsgründen der unvollzogenen Ehe der eine officiell recipirt, damit zugleich aber auch das Princip angenommen wird, dass die Ehe nicht als solche, sondern nur als vollzogene (sacramentale) unlöslich sei, so kann der Satz von der begrifflichen oder natürlichen Unlöslichkeit der Ehe nicht anerkannt gewesen sein; denn sonst hätte man nicht auf der anderen Seite den Consens als die *causa efficiens matrimonii* bezeichnen können.² Ja, wir besitzen sogar Zeugnisse dafür, dass man das Unauflöslichkeitsgebot der heiligen Schrift ausdrücklich nur auf die consummirte Ehe bezog. Zu einer Decretale Alexanders III., welche am Schlusse diesen Satz selbst schon direct ausgesprochen hat,³ bemerkt die Glosse⁴ klar und deutlich: „In fine respondet tacitae quaestioni, quae posset fieri de auctoritate Evangelii (d. h. der Papst begegnet einem gegen seine, die Auflösbarkeit der unvollzogenen Ehe durch religio behauptende Entscheidung aus dem Wortlaute des Evangeliums zu erhebenden Einwurfe) qua dicitur: Non licet alicui dimittere uxorem suam excepta causa fornicationis: quia illud intelligendum est de his, quorum matrimonium est consummatum.“⁵ Ebenso bemerkt Hostiensis,⁶ dass der

¹ Summ. Colon. (Scheurl, Eheschl. S. 166. 169. 170), Bernhard von Pavia (vgl. oben), Huguccio, Bassianus (vgl. Gl. zu c. 27 C. 27 q. 2. S. 148 Anm. 6. Hostiensis, lib. 3 rubr. de conv. coniug. § et utrum possit). Ueber Cardinalis vgl. oben S. 117.

² Jedenfalls ist man sich des Widerspruches nicht bewusst geworden; denn dass man damals ohne Frage den Consens für den allein die Ehe schliessenden Factor gehalten hat, muss Freisen selbst bezüglich Tancreds zugeben (Archiv. 54, 41).

³ c. 3 X 3, 32 i. f.

⁴ Casus.

⁵ Die Glosse fährt dann fort: „No. quod ante carnalem copulam potest alter coniugum religionem intrare, altero in saeculo remanente. Item cum dissolvitur matrimonium iusta de causa ...“

⁶ Lib. 3 rubr. de convers. coniug. § qualiter possit converti.

Auflösung der unvollzogenen Ehe durch religio die Stelle der Schrift (*quod non licet uxorem dimittere, nisi ob causam fornicationis*) nicht entgegenstehe, da sie von der consummirten Ehe handle; ansserdem werde die charitas, welche durch coniunctio animorum dargestellt werde (c. 5 X 1, 21 de bigamis non ordin. Vgl. oben S. 134. 135) durch den Eintritt in das Kloster nur bestärkt.

Goffredus de Trano († 1245) bemerkte ausdrücklich:¹ „de consummato tantum loquitur evangelista.

Wir finden aber auch bereits andere Versuche zur Lösung des Widerspruches zwischen den Worten der Schrift und dem geltenden Rechte. Ein besonders folgenschwerer war der des Alanus. Hostiensis berichtet darüber Folgendes:² Es könne die Frage aufgeworfen werden, warum zwischen der consummirten und nicht consummirten Ehe ein Unterschied bezüglich der religio bestehe? Diesen Einwand habe Innocenz III. vielleicht gefürchtet und deshalb scheinbar in c. 14 X 3, 32 diesen Unterschied beseitigt, und den Satz ausgesprochen, dass die durch consensus de praesenti geschlossene Ehe in keinem Falle gelöst werden könne. Diese Entscheidung stehe aber nur scheinbar im Wege. Zur Begründung des Unterschiedes hätten Alanus und Andere erklärt, die Wirkungen der nicht-consummirten Ehe beruhten auf kirchlicher Vorschrift, die der consummirten dagegen auf göttlichem Rechte (*quod matrimonium consummatum sortitur effectum ex constitutione ecc.*). Wenn aber die unvollzogene Ehe auf kirchlichem Rechte beruhe, so könne sie durch kirchliche Vorschriften normirt werden. Der Träger der kirchlichen Gesetzgebungsgewalt, der Papst, könnte demnach bestimmen, dass die unvollzogene Ehe durch communis dissensus gelöst werde.³ Hostiensis

¹ Glosse zu de conv. coniug. c. ex publico, nach Guido de Baysio (Archidiaconus), Apparatus ad decretum. Rosarium. zu C. 27 q. 2 verb. quapropter.

² A. a. O. lib. 3 de convers. coniug. § et utrum possit exire.

³ ... ideoque probatum posset dici, quod ratificatio matrimonii constit. eccles. firmatur. unde et apud infideles matrimonium non est ratum. ut in dicta decret. innuit tolerare potest Papa, unde videtur quod ante carnis copulam communi dissensu ratione liberi arbitrii nobis a deo dati ... autoritate Papae interveniente possent se coniuges adinvicem absolvere: sicut ... quia contrarius actus congruus intervenire potest ... consummatio vero de iure naturali est et in facto consistit et ex quo semel factum est infectum fieri non potest ... (a. a. O. S. 258). Man sieht, diese Ansicht führt zur Ausbildung des Auflösungsgrundes durch päpstlichen Dispens. Ein Anhänger der Alanus-Interpretation, Vincentius, hat diese Consequenz bereits gezogen. Vgl. Gl. zu c. 7 X 3, 32 v. consensum. Vgl. oben S. 121. Interessant sind auch die Ausführungen des Goffredus de Trano (s. Anm. 1). Derselbe vertheidigt das Recht der Kirche, die unvollzogene Ehe aufzulösen, z. B. durch religio; ebenso könnte die Kirche aber auch bestimmen, dass die unvollzogene Ehe durch eine nachfolgende vollzogene Ehe gelöst werden könne, welche Gewohnheit

verwirft diese Auslegung mit ihren Consequenzen¹ und geht zur Begründung — wie historisch allein richtig — auf die Sacramentslehre zurück.²

Wir sehen also, dass sich nicht nur die Doctrin — Alanus, Goffredus, die Glosse, Hostiensis³ —, sondern sogar die höchsten kirchlichen Autoritäten, die Päpste Alexander III., Innocenz III., des Widerspruches des von ihnen recipirten Gratian'schen Satzes mit den Worten der Schrift nach der kirchlichen Auslegung bewusst geworden sind. Innocenz III. scheint sich sogar mit der Idee getragen zu haben, diesen Widerspruch durch Aufhebung auch der letzten Consequenz Gratian'scher Ansicht aus der Welt zu schaffen.⁴ Dies ist aber bekanntlich nicht geschehen. So sind denn die Auflösungsversuche des Alanus, der Glosse und des Hostiensis äusserst charakteristisch; sie beweisen einerseits, dass man den Widerspruch sofort empfand, andererseits aber auch, dass man nach wie vor die Consensabgabe und nicht die copula als die Eheschliessung ansah; denn sonst wäre ja ein Widerspruch überhaupt nicht vorhanden gewesen. Glaubt man denn etwa, dass sich die Päpste und die Kanonisten mit der Begründung der Auflösung der Ehe durch religio überhaupt befasst haben würden, wenn nach ihrer Ansicht vor der copula keine Ehe vorgelegen, die religio also gar kein Eheauflösungsgrund gewesen wäre?

III. Dass das Tridentinum nicht die Copulatheorie vertritt, habe

früher bestanden habe. Die Kirche sei hierzu in der Lage, da sich die Unauflösbarkeit der Ehe nur auf die vollzogene Ehe beziehe (Verschmelzung der Ideen des Alanus und Alexanders III.).

¹ Daraus ergibt sich, dass die in vorstehender Note gedachte Lehre des Vincentius von den Päpsten noch nicht gebilligt war. Vgl. oben S. 122.

² ... *quamvis autem hoc sit probabilius* (nämlich die Ansicht des Alanus) *a patrum tamen responsionibus non debemus omnino recedere in hac parte ... Dic ergo quod haec possit reddi ratio: quia ante carnis copulam vinculum Dei et fidelis animae quod coniunctionem animorum repraesentat non minuitur sed per religionis introitum de bono in melius quod potest fieri augmentatur ... sed et ipsum vinculum est mutabile ... sacramentum autem Dei et eccl. quod significatur per matrimonium consummatum dissolvi non potest.*

³ Vielleicht hat auch Robertus Flammus den Widerspruch empfunden (ed. Schulte S. 23): *In adultis etiam post contractum matrimonium ante carnalem copulam, maxime intra duos menses, potest uterque, reliquo invito, intrare religionem; ut imponunt Alexan. quod, manens in seculo statim potest nubere, quod ego non audeo consulere.* Doch fragt es sich, ob Robert hier nicht wieder an die Sätze des Lombardus gedacht und deshalb den Schlusssatz einer päpstlichen Entscheidung gegenüber geschrieben hat, welche einen Anhänger des Lombardus zur Kritik in der That herausfordern musste.

⁴ Vgl. c. 14 X 3, 32 und den vorstehenden Bericht des Hostiensis.

ich oben gezeigt. Der Gedankengang Meurer's „Keine Ehe ohne Sacrament und Sacrament nur durch copula, also auch die Ehe nur durch copula“ entspricht dem Rechte Hincmar's, nicht aber dem des Tridentinum; dies stimmt vielmehr in den Grundzügen mit dem Rechte Gratian's überein.¹

Man beachte gegen die Freisen-Meurer'sche Ansicht auch noch Folgendes: Was Meurer als quasi-coniugium bezeichnet, nennt das Tridentinum verum et ratum matrimonium. Warum spricht denn das Tridentinum von consummatum matrimonium, wenn mit der copula überhaupt erst Ehe vorliegt? Warum wird ferner die durch Consens geschlossene Verbindung in der Regel als unlösliche hingestellt, da sie doch gar keine Ehe ist? Warum sollen nicht auch bejahrte und deshalb zur copula unfähige Personen eine Ehe schliessen können, warum sollen sie stets in dem Vorstadium des quasi-coniugium verharren? Das geltende Recht hält sie für ebenso fähig eine Ehe zu schliessen, wie Personen, die enthaltsam selbst in der Ehe leben wollen. Wodurch soll sich denn auch eigentlich das quasi-coniugium Meurer's von dem coniugium unterscheiden? Doch bloss dadurch, dass zwei Auflösungsgründe, die für jenes gelten, für dieses ausgeschlossen sind. Alle übrigen Rechtswirkungen der Ehe werden bereits an das Vorstadium geknüpft. Wo hat das kirchliche Recht jemals eine solche Vorstufe aufgestellt?² Wenn man die volle — ausnahmslose — Unlöslichkeit der Ehe ex iure naturae behauptet, so hilft alles Interpretiren nicht über den Widerspruch hinweg, welchen die Reception zweier Consequenzen des Gratian'schen Principis, dass erst die vollzogene — weil sacramental — Ehe unauflösbar sei, mit sich gebracht hat. Wenn man einmal

¹ Auf die vier weiteren von Meurer (a. a. O. S. 248 ff.) angeführten Momente brauche ich deshalb nicht weiter einzugehen. Ich halte keins für beweisend. C. 1 Sess. XXIV de ref. matrimonii (Meurer Nr. 2 und 3) legt mit Rücksicht auf das Sacrament und die daraus folgende grössere Festigkeit des Ehebandes auf die copula Gewicht. Ueber affinitas vgl. oben § 26. Das Ehehinderniss der Impotenz erklärt sich, wie Meurer mit Recht behauptet, nur als Folge der Copula-Theorie; als solche ist es geschichtlich zu verstehen (vgl. meine Ausführungen in den „Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft“); dass auch nach heutigem Rechte die erst nach Consensabgabe eintretende Impotenz ehehindernd wirken soll, dürfte wohl noch zu beweisen sein. — Die Abhandlung Meurers (Ueber die rechtliche Natur des trident. Matrimonialdecrets in Zeitschr. 22, 109) kommt hier nicht in Betracht.

² Hincmar vielleicht ausgenommen. De divort. Lotharii interrog. V resp. (Sirmond. 1, 659. 660). Ad regem de coerc. et extirp. raptu viduarum c. 6. (Sirmond. 2, 229), auf welches Grauert (Histor. Jahrbuch 1886. S. 113 Anm. 1) aufmerksam macht, kann gegenüber diesen Stellen, denen oben eine ganze Reihe ähnlicher zur Seite gestellt worden ist, nicht den Ausschlag geben.

die Theorie Gratians, nach welcher Eheschliessung und volle Unauflösbarkeit auseinanderfallen, in ihren Folgen — wenigstens theilweise — zu geltendem Rechte erhoben hatte, passte ein zweiter Satz, dass die Ehe von Anfang, d. h. von der Consensabgabe an unlösbar sei, überhaupt nicht mehr in das System.

Nur in der von uns oben gedachten Weise lässt sich der vorhandene Widerspruch mildern, im gewissen Sinne vielleicht sogar aufheben. Freisen gebührt das Verdienst, den schon von Alexander III., Innocenz III., Alanus, der Glosse, Hostiensis u. s. w. empfundenen, auch von anderen katholischen Forschern hervorgehobenen Widerspruch logisch scharf als solchen charakterisirt zu haben; aufgeklärt oder gar beseitigt hat er ihn ebenso wenig, wie Meurer.

Ich will diese Betrachtung mit einem treffenden Citate aus Hostiensis¹ beschliessen: „Inter consummatum et non consummatum quoad essentiam matrimonii nulla videatur differentia, quia solus consensus sufficit; differunt tamen in quatuor. Primo quoad significationem Secundo quoad bigamiam contrahendam Tertio quoad affinitatem contrahendam Quarto quoad religionis ingressum.“

¹ Lib. 4 rubr. de matr. § quid sit matr. (ed. cit. S. 288). Aehnlich bereits Goffredus de Trano, Summa super tit. Decretal. (Venet. 1491), lib. 4 de sponsal. § post quas. (ed. cit. S. 61).

Abkürzungen.

- Archiv = Archiv für katholisches Kirchenrecht, von Moy, jetzt von Vering herausgegeben.
- Friedberg, Eheschliessung = Friedberg, Das Recht der Eheschliessung. Leipzig 1865.
- Friedberg, Verlobung = Friedberg, Verlobung und Trauung. Leipzig 1876.
- Scheurl, Eheschliessung = Scheurl, Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechtes. Erlangen 1877.
- Scheurl, Eherecht = Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht. Erlangen 1882.
- Schulte, Literaturgesch. = Schulte, Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechtes. Stuttgart 1875–80.
- Schulte, Zur Gesch. des Decrets I. bez. II. bez. III. = Schulte, Zur Geschichte der Literatur über das Decret Gratians. Erster Beitrag. Wien 1870; bez. Zweiter Beitrag. Wien 1870; bez. Dritter Beitrag. Wien 1870.
- Schulte, Literaturgesch. der Compil. = Schulte, Literaturgeschichte der compilationes antiquae. Wien 1871.
- Sehling, Geschlechtsgemeinschaft = Sehling, Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe. Leipzig 1885.
- Sohm, Eheschliessung = Sohm, Das Recht der Eheschliessung. Weimar 1875.
- Sohm, Trauung = Sohm, Trauung und Verlobung. Weimar 1876.
- Zeitschr. = Zeitschrift für Kirchenrecht, herausgegeben von Dove und Friedberg.

